

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

STEFANI RACKES DA SILVA

COLOCANDO OS PINGOS NOS “IS”: O DESCONTROLE ADMINISTRATIVO FRENTE  
À ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR, SOB A ÓTICA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL  
DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

CURITIBA  
2014

STEFANI RACKES DA SILVA

COLOCANDO OS PINGOS NOS “IS”: O DESCONTROLE ADMINISTRATIVO FRENTE  
À ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR, SOB A ÓTICA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL  
DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Trabalho apresentado como requisito parcial à  
obtenção de grau de Bacharel em Direito no curso de  
graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA  
2014

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

STEFANI RACKES DA SILVA

COLOCANDO OS PINGOS NOS “IS”: O DESCONTROLE ADMINISTRATIVO FRENTE  
À ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR, SOB A ÓTICA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL  
DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Trabalho apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de  
graduação em Direito, pela seguinte banca  
examinadora:

---

Profa. Doutora Angela Cassia Costaldello  
Orientadora – Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade federal do Paraná

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

*Não há um dia em que não tenha pensado em você, e na mulher guerreira que é e que lutou pela liberdade que hoje tenho. A você, mãe.*

## AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento vai à minha Professora orientadora a Senhora Doutora Angela Cassia Costaldello que me forneceu os mais sólidos suportes e total liberdade para a vida académica, num ambiente de exposição livre e crítica, desde os conceitos mais tradicionais até os mais delicados debates envolvendo a atuação da Administração Pública que exerce um papel fundamental, e muitas vezes apequenado e paralisado para garantia de direitos fundamentais num país tão desigual como o nosso, e que está muitas vezes de costas aos que têm fome.

Talvez daí a minha coragem em abordar um tema dos mais polémicos, tudo sobre o deixar nas mãos de particulares a gestão de recursos públicos para a execução de serviços públicos e, sim, de políticas públicas. Todo o trabalho me fez refletir acerca do verdadeiro papel de entidades sem fins lucrativos que objetivariam a efetivação de direitos humanos. Mas será mesmo?

Meu segundo agradecimento, e empatado com o primeiro, vai às duas mulheres mais incríveis e fortes da minha vida: a minha mãe Jocilene Maria Rackes e irmã Fernanda Rackes da Silva Fagundes. Obrigada por ser você a minha mãe, obrigada por me criar, obrigada por me apoiar em absolutamente tudo, obrigada por me deixar pensar, obrigada por me deixar ser esse patinho fora da lagoa: eu amo ser assim, mãe. Essa é a face que me completa. Você é a face do meu lado incompleto.

Obrigada Fer, por ser a minha irmã, por me proteger, por me acolher no seu colo, por ter uma tremenda admiração e confiança em mim, mas quero dizer que, na verdade, você é o espelho que uso, porque sempre quando você quer muito algo você luta até o fim, convencendo as coisas mais invencíveis do Universo.

Meu terceiro agradecimento vai ao meu amigo belga Yannick Frère, que dedicou seis meses a me convencer que a vida pode ser mais linda do que a gente pode imaginar. Obrigada por mudar a minha vida, em todos os sentidos. Obrigada por me apresentar Julie Grippon e descobrir que eu posso dançar, que eu posso viajar pros lugares exóticos e de povos mais incríveis no mundo. Obrigada pelo Marrocos e por ser chato ao me ensinar francês. Je te manques, mon gros.

Obrigada, irmãzinha, Édelis Martinazzo Dallagnol pelos socorros, pelos encontros, pelos momentos, pela compaixão, pela autonomia feminina, pelo encanto da sua beleza e das suas palavras.

Obrigada meu amigo Hugo Hirt. Nossos caminhos se cruzaram no direito, e estão pra sempre nos nossos corações, carregando esse afeto indescritível que tenho por você, com uma metade amiga que jamais pensei um dia encontrar.

Obrigada Victor Romfeld por ser o cara mais embativo, crítico e libertador que já conheci, e o mais compreensível e defensor da liberdade e autonomia feminina. Eu acredito chegar lá, meu amigo. Acredito do fundo do coração.

Obrigada Hermínia Carvalho pela doce companhia, pela sua beleza sem igual, pelo modo de encarar a vida sendo meiga na pior das situações. Você é uma pessoa inspiradora. E obrigada, Eduardo Schaitza por ter mudado tanto, por sempre acreditar em tudo, pela espiritualidade, e um especial pedido de desculpas por não ter estado lá quando você precisava, querido. Mas um dia a gente se vê, prometo prometido.

Obrigada Luiza Beguetto pelos mais gostosos momentos de estágio, de reflexão, de jantas na UFPR, por sempre estar aí, mesmo quando não estou aí. Obrigada Guilherme Milkevitz pela mesma percepção de mundo e vontade de vivê-lo ao fundo.

Obrigada meu tio Carlos Rocha da Silva por ser o meu exemplo pra tudo, pra tudo mesmo. Sinto saudades das nossas conversas, dos nossos papos em inglês, das piadas, dos sorrisos, das passadas para dar um nado na praia. Você é um dos meus “tudo”.

Obrigada a todos aqueles que de alguma forma não mencionei, e não fui justa em escrever uma frase, por mais singela que seja, mas perdoem-me, pois esse agradecimento começa a ficar longo demais.

Obrigada pelos meus atrasos, obrigada pelos professores que nos fazem pensar, especial à Rodrigo Xavier Leonardo, obrigada por poder criticar, obrigada pelas viagens, obrigada aos amores de passagem e aqueles que marcaram demais a minha vida, obrigada minha Universidade, obrigada dança, obrigada à você vida. Obrigada, obrigada, obrigada.

## RESUMO

O presente trabalho teve por escopo o controle exercido pela Administração Pública das entidades que compõem o Terceiro Setor e criadas pelo Poder Público - tais como as fundações privadas, as associações sem fins lucrativos, organizações da sociedade civil de interesse público - com a finalidade precípua de atendimento ao interesse público. Tendo em vista a natureza híbrida de tais entidades – submissão tanto ao regime jurídico de Direito Privado como de Direito Público - o controle essencialmente interno exercido pela Administração Pública é medida que se impõe, a fim de proporcionar a efetividade e garantia de direitos fundamentais. Isso porque é possível observar muitas situações em que há a precariedade na gestão de recursos públicos a elas repassados, e, conseqüentemente, a criação de verdadeiro obstáculo à efetividade de direitos fundamentais. Para além do estudo doutrinário da matéria, foram utilizados dados de pesquisa de campo, mediante leitura das decisões do Tribunal de Contas do Estado do Paraná nos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, somando quase 1.000 acórdãos. A partir dessa pesquisa foi possível traçar um perfil das irregularidades recorrentes e apontar as deficiências na gestão e controle exercido pela Administração Pública: desde improbidade administrativa, nepotismo ou fraude à licitação até simples equívocos que poderiam ter sido evitados com uma ação mais efetiva por parte do administrador. Para além disso, foi possível realizar importantes considerações acerca da participação dos órgãos de controle externo da Administração Pública - os Tribunais de Contas, o Ministério Público e o Poder Judiciário – que exercem um importante papel na verificação da atuação deficitária na estrutura administrativa, o que acarreta a transgressão de direitos fundamentais, essencialmente dos direitos sociais delineados constitucionalmente, tais como a saúde e educação. Nesse sentido, a análise de casos concretos tornou-se de grande relevância ao tema, pois asseguraram uma visão pormenorizada do próprio conceito de interesse público, das reais deficiências na transparência e gestão de recursos públicos, e de novas perspectivas ao aperfeiçoamento deste instituto.

**Palavras-chave:** Terceiro Setor, controle interno administrativo, direitos fundamentais garantia, órgãos de controle externo, Tribunal de Contas

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O QUE É O TERCEIRO SETOR?.....</b>	<b>12</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO BRASILEIRO, CONCEITO DE TERCEIRO SETOR E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO .....	12
2.2 POR UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DO TERCEIRO SETOR .....	16
<b>3 AS ENTIDADES QUE COMPÕEM O TERCEIRO SETOR .....</b>	<b>20</b>
3.1 O QUE SÃO ASSOCIAÇÕES.....	20
3.2 O QUE SÃO FUNDAÇÕES? .....	24
3.3 O QUE SÃO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO? .....	28
<b>4 RELAÇÃO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM TERCEIRO SETOR .....</b>	<b>29</b>
4.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	29
4.2 A REGRA PREVALENTE DE LICITAR.....	31
4.3 EXCEÇÃO À LICITAÇÃO PÚBLICA COMO REGRA: A PREVISÃO LEGAL EM FACE AOS DESVIRTUAMENTOS VERIFICADOS EM CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR.....	32
4.4 CONVÊNIOS.....	34
4.5 CONTRATOS DE GESTÃO .....	36
<b>5. NOÇÃO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>39</b>
5.1 E QUEM CONTROLA OS CONTROLADORES? .....	39
5.2 CONTROLE INTERNO.....	41
5.3 CONTROLE EXTERNO .....	43
5.4. CONTROLE INTERNO VERSUS CONTROLE EXTERNO.....	44
<b>6. O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS .....</b>	<b>45</b>
6.1 COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS.....	48
6.2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS .....	49
6.2.1 Princípio da Legalidade.....	49
6.2.2 Princípio da economicidade .....	50



6.2.3 Princípio da legitimidade .....	50
6.2.4 Princípio da Moralidade.....	51
6.2.5 Princípio da Publicidade.....	51
6.2.6 Princípio da eficiência .....	52
6.2.7 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	53
6.3 OBRIGATORIEDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS E NATUREZA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS.....	53
 <b>7 O CONTROLE OU DESCONTROLE NA PRÁTICA: ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ NOS ANOS DE 2008, 2009, 2010 E 2011.....</b>	<b>55</b>
7.1 DELIMITAÇÃO PRÁTICA: DOS MÉTODOS ADOTADOS.....	56
7.2. DOS MALES, O MAIOR: AS PRINCIPAIS IRREGULARIDADES ENCONTRADAS QUANDO À ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR .....	57
 <b>8 DAS CONCLUSÕES OBTIDAS .....</b>	<b>65</b>
8.1 ATRASO NA APRESENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS.....	65
8.2 UTILIZAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVATIZADA.....	65
8.3 BURLA A REGRA PREVALENTE DE LICITAR.....	66
8.4 NÃO ATENDIMENTO ÀS FORMALIDADES EXIGIDAS NOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO .....	67
8.5 NÃO IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE CONTROLE INTERNO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	68
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>71</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo as atividades das organizações não governamentais estavam desvinculadas de qualquer relação com o Estado, muitas vezes de costas para ele, tendo em vista inúmeros movimentos sociais que contestavam ações autoritárias e a precariedade na garantia de condições sociais mínimas aos estratos mais baixos ou marginalizados da sociedade brasileira.

Passando-se por esse período de negação das entidades não governamentais para o seu reconhecimento, hoje há uma forte promoção dessas organizações para a efetividade de direitos fundamentais. Estabeleceram-se relações entre o Estado e tais entidades, que agora articulam e executam serviços públicos e, mesmo, implementar políticas públicas.

No entanto, entre a teoria e a prática ainda há um caminho enorme a ser percorrido. Entre saltos e muitos tropeços. Verificam-se inúmeras irregularidades na atuação dessas entidades que compõem o denominado Terceiro Setor (fundações, associações, organizações sociais e organizações sociais da sociedade civil de interesse público), a partir da burla as regras do regime de direito público e a ausência de transparência nas ações executadas.

Ao contrário da garantia de direitos fundamentais, para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, temos justamente o avesso no alcance dessa finalidade e objetivo constitucional.

Desse modo, o presente trabalho teve por objetivo a análise dos aspectos jurídicos que estão submetidas às entidades integrantes do Terceiro Setor; a indicação das finalidades e dos limites de atuação dessas entidades, no que tange ao desvirtuamento do atendimento ao interesse público; a análise dos aspectos essenciais do controle administrativo interno e externo; apontamento das principais irregularidades encontradas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná e, a partir desse exame, a identificação da relação entre o controle externo e o controle interno realizado pela Administração Pública; e, por fim, a reflexão sobre possíveis soluções.

Mais do que a mera análise doutrinária do Terceiro Setor e a pesquisa jurisprudencial levantada no Tribunal de Contas do Estado do Paraná para a identificação dos principais pontos de sucesso ou de falha no controle exercido pela Administração Pública, houve a preocupação de se indicar um ponto de reflexão acerca

do papel que tais entidades desempenham no cenário brasileiro para a promoção e garantia de direitos fundamentais.

## 2 O QUE É O TERCEIRO SETOR?

### 2.1 BREVE HISTÓRICO BRASILEIRO, CONCEITO DE TERCEIRO SETOR E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

O início das atividades de organizações não governamentais remonta ao final dos anos 70, depois de um longo período de regime militar, numa fase de redemocratização, com especial atenção à consolidação da Constituição Federal de 1988. Num primeiro momento, há um forte embate entre tais organizações e o Estado, na medida em que as organizações não governamentais possuíam a bandeira de defesa e restabelecimento do Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>.

Assim, resta claro que a origem das organizações não governamentais no Brasil bem como na América Latina - e, como se verá, do Terceiro Setor – está associada com o trabalho em bases sociais, valorização e ajuda recíproca da comunidade<sup>2</sup>. No entanto, essa primeira geração de ONGs, tanto no cenário brasileiro como latino americano, mostrou-se excessivamente simplista, com uma carga ideológica inadequada à compreensão da realidade. Iniciou-se um processo social acentuadamente complexo, passando-se a ser dada especial atenção à defesa de direitos sociais.

Com a finalidade de realizar ações de interesse coletivo para a consolidação dos Direitos Humanos, as ONGs passaram a atuar em conjunto com a Administração do Estado, mediante o estabelecimento de parcerias com o repasse de recursos públicos.

A legislação brasileira não menciona o termo “ONGs”, mas, sim, o termo “Terceiro Setor” que, como gênero, reúne três espécies de entidades sem fins lucrativos de interesse sociais, com autonomia e administração próprias, para a proteção de interesses supra individuais. Tais espécies são as associações, as organizações sociais e as fundações de direito privado.

---

<sup>1</sup> DARCY OLIVEIRA, Miguel. *Cidadania e globalização: a política externa brasileira e as ONGs*, p. 47.

<sup>2</sup> DARCY OLIVEIRA, Miguel. *Cidadania e globalização: a política externa brasileira e as ONGs*, p. 47.

Em suma, a denominação “Terceiro Setor” se refere às entidades não estatais, mas que exercem atividades administrativas, que não realizam exploração econômica lucrativa, e que, por fim, se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supra individuais<sup>3</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro emprega a expressão entidades paraestatais para designar as entidades que compõem o Terceiro Setor. Nas palavras da autora:

(...) pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o poder público dispense especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipo-suficientes, de assistência social, de formação profissional; o desempenho de atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado, paralelas a ele; daí a expressão “entidade paraestatal”; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrangeria as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificados de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai), as organizações sociais e as organizações de sociedade civil de interesse público<sup>4</sup>.

Vale destacar a posição de Agustín Gordillo, para o qual não existem entes estatais privados:

Con todo, no es infrecuente que el Estado intente revertir la tendencia y crear entidades estatales pretendidamente regidas por el derecho privado, o estatizar empresas privadas con la intención de manejarlas por el derecho privado y no público, o crear fondos especiales bajo esta impronta: Son intentos destinados al fracaso en el mediano plazo<sup>5</sup>.

Evidente sua natureza híbrida, pois, embora tenham seu nascedouro nas normas de direito privado, não se confundindo com as demais entidades integrantes da Administração Pública, estão subordinadas aos princípios e regras próprias do Direito Público. Ademais, o controle externo e interno sempre deve se fazer presente em se tratando de repasse de recursos públicos, a exemplo das fundações privadas.

Como entidades integrantes do chamado “Terceiro Setor” destacam-se as

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 131-132.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 556-557.

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, p. XIX-6.

fundações privadas, as associações (sem fins lucrativos) e as organizações sociais<sup>6</sup>. Além de não objetivarem lucro, outra característica essencial de tais entidades, conforme apontado inicialmente, é a realização do interesse público.

Ora, mas então, qual seria o conteúdo da definição de interesse público perseguido por essas entidades? Fácil seria determinar arbitrariamente um conceito de interesse público conveniente a interesses particulares.

Numa tentativa de diferenciação entre interesse público e interesse particular, Jean Rivero<sup>7</sup> aponta que algumas necessidades do ser humano podem ser providas pela divisão do trabalho e pela torça, no entanto, há outras mais essenciais que não podem ser satisfeitas por estes meios e que são comuns a todos os membros da coletividade, e é nisto que contempla a esfera do interesse público. Ao contrário da ação privada que é interessada, o motor da ação administrativa é desinteressada, pois é a perseguição do interesse geral, da utilidade pública, ou do bem comum. Assim, “o padeiro assegura a satisfação da necessidade do pão, que é fundamental na coletividade francesa, mas não é a preocupação desinteressada de alimentar os famintos que dita a sua vocação, é a intenção – de resto inteiramente legítima – de ganhar a sua vida vendendo pão”<sup>8</sup>.

No conceito clássico proposto por Renato Alessi, o bem geral se expressa como interesse primário, ao passo que o interesse observado pela Administração é

---

<sup>6</sup> “As fundações refletem, historicamente, a primeira manifestação da consciência de que o patrimônio privado também pode contribuir para a satisfação de necessidades supra individuais. O direito civil disciplina a criação e o funcionamento das fundações privadas – aquelas que não são mantidas com recursos provenientes dos cofres públicos., o reconhecimento da existência de interesses supra individuais conduz a um regime jurídico caracterizado pela fiscalização externa. As fundações estão subordinadas ao Ministério Público, tal como se vê na disciplina dos artigos 66, 68, 69 do Código Civil e dos artigos 1.200 e seguintes do Código de Processo Civil. É possível que as fundações privadas recebam incentivos e subsídios dos cofres públicos, o que importará a incidência de outros instrumentos de controle de sua atividade. Quando não houver subsídio governamental, a natureza privada dos recursos e da entidade conduzirão à preponderância do regime jurídico de direito privado. (...) Outra manifestação privada orientada à satisfação não egoística de interesses supra individuais é a associação civil (dita “sem fins lucrativos”). Trata-se de uma entidade de natureza associativa, constituída por acordo de vontades, entre particulares, que se comprometem a contribuir com seus esforços e recursos para a realização de um fim não egoístico, destituído de cunho econômico. (...) Organização social é uma associação civil sem fins lucrativos ou fundações que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida a um regime especial, que contempla benefícios especiais do Estado para a execução de determinadas atividades de interesse coletivo.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Obra citada*, p. 131-132.

<sup>7</sup> RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, p. 14-15.

<sup>8</sup> RIVERO, Jean. *Obra citada*, p. 14.

considerado como interesse secundário. Para o autor, interesse primário e interesse secundário não se confundem, na medida em que o interesse secundário e pessoal do sujeito administrativo somente se pode realizar no caso de coincidência, e nos limites desta, com o interesse público<sup>9</sup>.

Da mesma forma é a compreensão de interesse público tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

É que, além de subjetivar interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Esses últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização dos interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles<sup>10</sup>.

Marçal Justen Filho<sup>11</sup>, acerca do tema, tratou brilhantemente o conceito negativo de interesse público, ou seja, o que não pode ser tomado, considerado como interesse público: não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo e, por fim, com o interesse do agente público.

<sup>9</sup> “Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono sere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e eni limitti di siffata coincidenza, com l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interesse secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare questo interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primario, mentre l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, com l'interesse pubblico”. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 151-152.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 57.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 35-46.

Evidente que não há unanimidade na doutrina acerca do conceito de interesse público, no entanto, fato é que se faz necessário delimitar o conteúdo de interesse público com o intuito, justamente, de que não haja o desvio das finalidades a que foram propostas e criadas as fundações privadas, as associações ou as organizações sociais. Todavia, não se pretende aqui buscar um conceito unívoco, rígido, até porque, seja em se tratando de questões jurídicas, seja em Ciências Exatas, é possível observar e analisar apenas parcelas da realidade. A busca pela totalidade é, sem sombra de dúvidas, uma batalha inócua<sup>12</sup>.

Neste sentido, é que o conceito negativo de interesse público se torna importante no presente trabalho, na medida em que não é possível trabalhar exatamente com o que seja interesse público, mas é possível delimitar o que não seja interesse público nas especificidades de cada caso concreto.

Assim, a título de ilustração, a realização de contratos sem a realização do devido processo licitatório em clara afronta aos princípios e normas constitucionais, colocam em evidência o desvirtuamento na atuação das fundações de direito privado, em que pese a maioria destas contratações tenham se sedimentado sob a justificativa de atendimento ao interesse público.

## 2.2 POR UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DO TERCEIRO SETOR

Mais do que o mero estudo técnico (legal) acerca do Terceiro Setor, buscou-se um olhar crítico sobre esse instituto, lançando os olhos sobre as deficiências e pontos de fragilidade, e mesmo compreensão social do que significam essas entidades, não somente em cenário brasileiro, como também no quadro latino-americano.

Uma das concepções críticas aqui abordadas é, justamente, aquela tratada por Boaventura de Sousa Santos, que faz importante correlação entre o Terceiro Setor e a reforma do Estado.

---

<sup>12</sup> Acerca desta pretensão de totalidade vide LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006.



O autor aponta para dois momentos do reformismo: o primeiro relacionado à ideia de que a sociedade deve ser reformada, porque problemática, sendo o Estado o sujeito dessa reforma, ou seja, aquele apto à transformá-la. No entanto, há um segundo momento, e de inversão dessa lógica, para o qual o Estado passa a ser o objeto de reforma. A questão que aqui se coloca é: e quem seria o sujeito transformador do Estado? Questão essa esmiuçada pelo autor em seu trabalho<sup>13</sup>.

O reformismo, próprio da lógica capitalista, está assentado nas premissas de regulação do trabalho, a proteção social contra riscos sociais e, por fim, a segurança contra a desordem e a violência, a partir do estabelecimento de forte vínculo com o Estado e o mercado<sup>14</sup>.

Essa lógica do reformismo, sob as lentes do neoliberalismo, concebe que somente assim poderia se modificar a realidade, como única melhoria possível. Isso porque somente é possível pensar no reformismo nas situações pós-revolucionárias, e não o contrário, mantendo-se processos de exclusão social e não de inclusão social. Nas palavras do autor, “a questão da reforma é substituída pela questão da governabilidade. É um movimento de mudança social próprio de um período histórico que é demasiado prematuro para ser pré-revolucionário e demasiado tardio para ser pós-revolucionário”<sup>15</sup>. Seria dar falsos ares de mudança a uma realidade intocada.

Boaventura de Sousa Santos aborda duas fases do reformismo: a primeira do Estado Irresponsável e a segunda do Estado Reformável.

A primeira fase parte da ideia de que o reformismo, tal qual a revolução, visa transformar, modificar a realidade, iniciando um processo de reforma do Estado. No entanto, em oposição a essa premissa de necessidade de reforma estatal, considerou-se que o Estado seria irreformável, porque ineficaz, parasitário, devendo reduzi-lo ao máximo. É o auge do Estado mínimo, do neoliberalismo<sup>16</sup>.

No entanto, com a eclosão de graves casos de corrupção política e o colapso de estados do chamado “Terceiro Mundo”, passa-se à segunda fase, a do Estado

---

<sup>13</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 01.

<sup>14</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 01.

<sup>15</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 04.

<sup>16</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 04-05.

interventor e de que, dadas as suas fraquezas, pode ele ser reformado<sup>17</sup>. Nesse contexto é que se insere o papel do Terceiro Setor.

Terceiro Setor para Boaventura de Sousa Santos corresponde a um conceito vago, que compreende organizações sociais que estão no liame entre o estatal e o não estatal, assim, seriam “organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos públicos ou coletivos, não são estatais”<sup>18</sup>, e continua o autor a fazer importante consideração no sentido de que, mais do que uma questão terminológica, tais organizações “refletem histórias e tradições diferentes, diferentes culturas e contextos políticos”<sup>19</sup>.

Desse modo, o significado do que seja Terceiro Setor é diferente daquele inserido na Europa no século XIX em relação aos países do chamado Terceiro Mundo. Nos países europeus, o Terceiro Setor surgiu como uma alternativa ao capitalismo, englobando diferentes correntes ideológicas, como o socialismo ou o cristianismo social<sup>20</sup>.

Nos países periféricos e semiperiféricos, o contexto é outro: tem-se a criação desenfreada de Organizações não Governamentais (ONGs), no qual tem-se por finalidade criar o “mercado e a sociedade civil através do provimento de serviços básicos que o Estado não está e, muitas vezes, não esteve em condições de prestar”<sup>21</sup>.

Dentro desse segundo contexto, tem-se quatro debates fundamentais: *i)* localização estrutural entre o público e o privado; *ii)* organização interna, transparência responsabilização; *iii)* redes nacionais e transnacionais; e, *iv)* relações com o Estado.

Quanto ao primeiro debate (localização estrutural entre o público e o privado) o tipo ideal do Terceiro Setor é a de que ele se compõe através da combinação de características do setor público com o setor privado. Se de um lado há eficiência gerencial próprias do setor privado capitalista, por outro lado há ausência de motivo de lucro, a partir de valores humanos e não de capital, orientado para um interesse coletivo que o aproxima do setor público estatal<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 04.

<sup>18</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 05.

<sup>19</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 05.

<sup>20</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 06.

<sup>21</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 09.

<sup>22</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 10.

No entanto, conforme apontado anteriormente, trata-se de um tipo ideal, podendo haver organizações que se aproximam mais de uma ou de outra faceta, como organizações de ajuda humanitária que estão mais imbricadas com a esfera pública, ou as cooperativas de trabalhadores que se aproximam da esfera privada<sup>23</sup>.

No entanto, um apontamento crítico que merece destaque, e objeto de análise no presente trabalho, é, justamente, aquelas organizações criadas com o objetivo maior de receber subsídios do Estado:

A localização estrutural do Terceiro Setor torna-se ainda mais complexa no caso de organizações que, embora cumpram o formato legal do terceiro setor, nada têm a ver com a filosofia que lhe serve de base, quer porque se trata de organizações de fachada, cuja lógica é basicamente o lucro, mas que se organizam sob a forma de terceiro setor para facilitar aprovação, obter subsídios, ter acesso a crédito ou a benefícios fiscais. (...) O que está em causa na discussão sobre a localização estrutural do terceiro setor é a reformulação dos limites entre o público e o privado e com ele a estruturação da esfera pública e da qualidade democrática desta, sobretudo no que respeita às classes médias baixas e aos excluídos e marginalizados que tendem a ser grupos sociais abrangidos pelas ações do terceiro setor.

O segundo debate é relativo à organização interna, transparência e doação. O autor faz importantes considerações quando à infinidade de organizações existentes e, desse modo, às diferentes formas de responsabilização que uma ou outra terá a partir de seus doadores. Trata-se não somente de responsabilização perante doadores internacionais para que essas entidades possuam maior autonomia frente ao Estado como, também, da usurpação das organizações pelo Estado, ou mesmo por instituições sociais como a Igreja, dado os recursos a ela ofertados, ou que engessaria o seu poder democrático e ideológico<sup>24</sup>.

O terceiro debate refere-se aos tipos de relações entre as organizações do terceiro setor que implica em outras considerações interessantes, inclusive em direitos humanos. Boaventura de Sousa Santos, em outra oportunidade, realçou o papel essencial de uma visão dos direitos humanos não a partir de sua concepção universalista, mas, fundamentalmente, a partir de uma concepção cosmopolitista, ou seja, através da filantropia internacional e da atuação intensa de ONGs que fornecem

---

<sup>23</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 10.

<sup>24</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 10-11.

um novo contorno aos direitos humanos, qual seja, como multiculturais<sup>25</sup>. No entanto, ao mesmo tempo em que podem assegurar os direitos humanos, defendendo-os sob essa perspectiva, as entidades que compõem o terceiro setor podem ser, ao revés, um falso instrumento, benevolente, para o combate de relações de poder autoritárias e desiguais<sup>26</sup>.

Por fim, tem-se as relações entre o terceiro setor e o Estado Nacional. Esse debate corresponde à determinação do papel do terceiro setor nas políticas públicas, que pode depender tanto do próprio Terceiro Setor, como pelos Estados, pelo contexto internacional, pela cultura política dominante e pelas “formas e níveis de mobilização e organização social”<sup>27</sup>. Nesse sentido, encontram-se formas de ampliação das políticas públicas pelas organizações, mediante a inclusão de novas demandas à agenda pública, a mera execução da política pela organização, ou uma situação de subserviência da entidade perante o Estado, de modo a realçar a necessidade de que as políticas públicas sejam criadas, executadas e implementadas pelo Estado, e não legadas plenamente ao terceiro setor.

Sob essa perspectiva crítica que o presente trabalho é orientado, levando em consideração esse amplo debate para a análise do terceiro setor na garantia ou não de direitos fundamentais.

### **3 AS ENTIDADES QUE COMPÕEM O TERCEIRO SETOR**

#### **3.1 O QUE SÃO ASSOCIAÇÕES**

Pode-se traçar a história das associações no Brasil a partir da primeira Constituição do Império de 1824. Nessa época, encontram-se duas situações um tanto

---

<sup>25</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997.

<sup>26</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 12.

<sup>27</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 12.

quanto contraditórias: a permanência de Dom João VI no Brasil, que transformara a colônia em reino, num momento em que as ideias iluministas despontavam no país e, de outro lado, a manutenção de estreitos laços com a metrópole que tendiam para a manutenção do *status quo*<sup>28</sup>. A Constituição de 1824 não faz menção expressa à liberdade de associação, mas somente de forma indireta com a proibição das corporações de ofício em seu artigo 179, XXV.

No entanto, numa leitura atenta das práticas da época (como a proibição das sociedades secretas), e, também, do espírito de unificação do país e, assim, do medo de que houvessem organizações com potencial segregador, nessa época há um sentimento de repúdio às associações<sup>29</sup>. Assim, “o silêncio constitucional em 1824 a respeito da liberdade de associação, em verdade, refletia uma verdadeira aversão liberal a essa garantia”<sup>30</sup>.

Outra visão se segue com a Constituição de 1891, com influência da experiência norte-americana, no qual é garantida a liberdade de associação<sup>31</sup>.

A matéria vai sofrer grandes mudanças com a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, em que não há uma clara diferença entre sociedades e associações<sup>32</sup>.

No entanto, a garantia constitucional da liberdade de associação não vai permanecer por muito tempo tendo em vista os movimentos sociais da época, principalmente aqueles que carregavam a ideologia anarquista e comunista, renovando, mais uma vez, os atos de repressão às associações<sup>33</sup>.

Em 1934 tem-se uma nova Constituição, carregando a garantia da liberdade de associação, no qual a dissolução das organizações somente poderia ser feita por sentença judicial. Todavia, essa garantia constitucional é atenuada, pois há a possibilidade prevista em lei infraconstitucional de dissolução de todos os partidos políticos<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 37.

<sup>29</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 40.

<sup>30</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 41.

<sup>31</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 44.

<sup>32</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 47.

<sup>33</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 48.

<sup>34</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 50.

Após, identificam-se várias legislações que minoram a liberdade de associação: o Decreto-Lei n. 2.363, de 3 de julho de 1940 que cria benefícios para as associações que estejam “alinhadas” ao Estado; o Decreto nº 10.358 de 1968 que suspendeu a liberdade de associação; e, o Decreto-Lei n. 4.684 de 1942 que submete todas as associações a prévia autorização do Ministério da Justiça e Negócios Interiores<sup>35</sup>.

Com o governo de Eurico Gaspar Dutra houve inúmeras medidas de cunho legal que impediam a personificação de associações, em caráter administrativo e preventivo. Além disso, confere-se ao Poder Executivo a possibilidade de suspensão das atividades das associações, se contrários à Segurança do Estado, ao bem público, à moral e aos bons costumes<sup>36</sup>. Nesse sentido, ainda que a Constituição de 1942 reconhecesse e protegesse à liberdade de associação, tem-se legislações infraconstitucionais que vão de encontro à tal garantia constitucional, estampada na suspensão da associação civil “União da Juventude Comunista” em 1947.

Com o golpe de 1964 a situação da liberdade de associação segue uma realidade cruel, no qual há um vasto impedimento e minoramento das garantias constitucionais. A Constituição de 1967 ainda previa a garantia desse direito, no entanto, com ela coexistia previsão de supressão da liberdade associativa pelo Poder Executivo. Constituição essa caracterizada como mero papel. Essa realidade perdura até 1988<sup>37</sup>.

Conforme apontado por Rodrigo Xavier Leonardo, esse olhar histórico permite tirar conclusões tanto quanto dúvidas, no sentido de que, muito embora a liberdade de associação tenha sido garantida formalmente pelas Constituições brasileiras, na prática não houve o exercício pleno desse direito: “o programa constitucional de liberdade de associação nunca passou de mero programa, pelo menos até 1988”<sup>38</sup>.

A liberdade de associação passa por uma importante alteração a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso XVII, assegura a plenitude na liberdade de associação, para fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar. A

---

<sup>35</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 51.

<sup>36</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 52.

<sup>37</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 56-57.

<sup>38</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 57-58.

associação independe, agora, de qualquer autorização por parte do Estado e, não há medidas repressivas que visem impedir a sua constituição.

Ademais, do que se depreende da leitura do final do inciso XVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, as associações estão protegidas contra interferências estatais.

Rodrigo Xavier Leonardo faz uma crítica em relação à restrição da liberdade associativa, salientando que nem todas as associações utilizam recursos públicos para a execução de suas ações, como as organizações sociais ou as OSCIPS, que possuem lei específica nesse sentido, de modo que não se justificaria intenso controle estatal sobre todas as organizações não governamentais<sup>39</sup>.

No entanto, o principal ponto que se deve compreender aqui é o de que as associações, sejam elas as organizações sociais ou as OSCIPS, tais como são tratadas no presente trabalho, são fruto de todo o movimento associativo no Brasil, bem como no retrato constitucional de repressão, posterior reconhecimento e garantia, para a promoção.

Ainda, o autor faz importante consideração no sentido de que o termo associações compreende um conceito abstrato, envolvendo um complexo leque de entidades, porque não estão engessadas em tipos legais, mas às práticas quotidianas sociais<sup>40</sup>. No entanto, essa plasticidade conceitual dificulta, em diversas oportunidades, a resolução de casos.

A partir de uma abordagem tipificada das associações (tipo normativo fechado), Rodrigo Xavier Leonardo identifica nas associações os elementos da união de pessoas, organização e desenvolvimento de fins não econômicos<sup>41</sup>.

Como associações tipificadas, podem-se citar as associações de finalidades públicas, as associações qualificadas como organizações sociais, as associações qualificadas como organizações sociais de interesse público, ou mesmo os próprios sindicatos.

Evidente a complexidade teórica na delimitação das associações, razão pela qual optou-se pela adoção, quanto à análise dos casos práticos, simplesmente do

---

<sup>39</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 81-83.

<sup>40</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 90-91.

<sup>41</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*, p. 101.

termo “associação”, na medida em que os próprios acórdãos estudados tratam de maneira fluida o conceito associações, envolvendo diferentes olhares quanto ao regime jurídico aplicado.

### 3.2 O QUE SÃO FUNDAÇÕES?

Não raro desconhecer o significado do termo “Fundação”. Não se trata de mera expressão, mas, fundamentalmente, das consequências e deveres jurídicos que estão incutidos nessa entidade. E muito embora as finalidades perseguidas pelas entidades que compõem o Terceiro Setor sejam semelhantes entre si, cada uma receberá tratamento particular.

Para a compreensão da fundação necessário apontar três aspectos fundamentais: i) o fundador; ii) o patrimônio e iii) suas finalidades. Assim, o fundador disponibiliza patrimônio que “servirá de esteio para os fins do ente fundacional”. Para que ela nasça é necessário que seus atos constitutivos sejam discutidos previamente perante o Ministério Público, que, por sua vez, analisará sua viabilidade econômica para a realização de suas atividades e os fins a que se propõe.

De acordo com Francisco Amaral, a fundação conceitua-se como “um complexo de bens, que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público, de modo permanente e estável, em decorrência da vontade de uma pessoa, o instituidor e seus fins, de natureza religiosa, moral, cultural ou assistência, são imutáveis”<sup>42</sup>

O novo Código Civil alocou a “finalidade” como ponto central na caracterização das fundações, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 62:

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e, declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

---

<sup>42</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 287.



Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.”

Andreas Von Thur ainda ressaltou, além das características inicialmente assinaladas, que “a fundação se constitui por vontade unilateral do fundador e continua submetida tal como ele a expressou nos estatutos; a fundação não possui um órgão soberano (como a assembleia na associação) para resolver as questões relacionadas ao seu objeto e existência, mas unicamente órgãos servientes, que devem executar a vontade do fundador”<sup>43</sup>.

O novo Código Civil alocou a “finalidade” como ponto central na caracterização das fundações, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 62:

“Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e, declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.  
Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.”

Andreas Von Thur ainda ressaltou, além das características inicialmente assinaladas, que “a fundação se constitui por vontade unilateral do fundador e continua submetida tal como ele a expressou nos estatutos; a fundação não possui um órgão soberano (como a assembleia na associação) para resolver as questões relacionadas ao seu objeto e existência, mas unicamente órgãos servientes, que devem executar a vontade do fundador”<sup>44</sup>, assim, do mesmo modo para Pontes de Miranda, “os órgãos da fundação servem, não ditam o que se há de fazer”<sup>45</sup>.

Outra característica essencial é a sua autonomia, assinalando-se para o fato de que elas devem possuir patrimônio adequado para a realização de seus projetos independentemente do repasse de recursos públicos para sua execução.

<sup>43</sup> Conforme texto original: “La fundación se constituye por voluntad unilateral del fundador y le continúa sometida tal como él la expresó en los estatutos; la fundación no tiene un órgano soberano (como la asamblea en la asociación) para resolver sobre su objeto y existencia, sino únicamente órganos sirvientes, que deben ejecutar la voluntad del fundador” VON TUHR, Andreas. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán: las personas, p. 275.

<sup>44</sup> Conforme texto original: “La fundación se constituye por voluntad unilateral del fundador y le continúa sometida tal como él la expresó en los estatutos; la fundación no tiene un órgano soberano (como la asamblea en la asociación) para resolver sobre su objeto y existencia, sino únicamente órganos sirvientes, que deben ejecutar la voluntad del fundador” VON TUHR, Andreas. Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán: las personas, p. 275.

<sup>45</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado, vol. 1, p. 444.

Nessa esteira, as fundações de apoio às universidades federais nasceram independentemente destas e, portanto, devem possuir autonomia em relação à instituição de ensino não somente no que concerne à sua administração como, também, à sua capacidade econômica, porque existem como pessoa jurídica de direito privado.

Em suma, as fundações de direito privado são as entidades constituídas pela “manifestação formal de vontade de uma ou mais pessoas, dotada de patrimônio próprio e distinto do patrimônio de seus instituidores, que possui finalidade nuclear desprovida de lucro e da circulação de bens economicamente apreciáveis”<sup>46</sup>.

Dentre as espécies de fundações que podem ser instituídas por particulares, destacamos aquelas que colocam entre seus objetivos a colaboração com órgãos integrantes da Administração Pública, e unicamente para isso<sup>47</sup>.

Ou seja, tais fundações podem celebrar convênios, ajustes ou contratos com a Administração Pública, gerenciando recursos financeiros para o atendimento de finalidades públicas. No entanto, o real quadro da ação das fundações com a Administração é profundamente delicada e diversa do que foi pensado no campo teórico.

A principal problemática encontrada, inclusive nos acórdãos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que compõem a pesquisa aqui apresentada, é a relação das Universidades públicas com as fundações privadas.

Daí cita-se:

“A fraude se caracteriza melhor pela imagem de apoio ao desenvolvimento de pesquisa, extensão, gerenciamento das atividades de saúde e assistência ao estudante, funções que já se compreendem nas atribuições das instituições de Ensino contempladas no Orçamento Federal, via de regra fazendo apelo às vantagens das flexibilidades típicas da iniciativa privada, esta participando sem seu principal contributo, que é o aporte financeiro. Numa visão de longo prazo, podem antever-se os efeitos desse processo de intervenção na gestão administrativa, estranho e não previsto em qualquer compêndio de Direito Administrativo, o qual poderá derivar para uma gradual absorção da estrutura oficial pela da fundação privada, até reduzir aquela a formal unidade liberadora

---

<sup>46</sup> SENISE LISBOA, Roberto. Fundações, superávit e remuneração de seus dirigentes, in *Fundações Educacionais*, organizado por PANTALEÃO, Leonardo, p. 6.

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 227.

de recursos orçamentários, sem maior eficácia no atingimento dos seus objetivos legais”<sup>48</sup>.

Conforme o artigo 1º da Lei nº 8.958/94, as instituições federais de ensino e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso 13 do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Observa-se, conforme salientado anteriormente, a ligação da fundação com suas finalidades institucionais, isso porque, conforme o artigo inicialmente destacado, a fundação somente poderá contratar com a Administração Pública (no caso a dispensa de licitação que será analisado mais detidamente) se o objeto contratual estiver em consonância com a finalidade fundacional. Assim, uma fundação de apoio voltada para a pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional científico e tecnológico não poderá realizar concurso público.

Devem ainda respeitar condições essenciais, tais como: i) “não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes por serviços prestados” (art. 12, Lei nº 9.572/1997); ii) é vedada a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atenderem necessidades das Instituições Federais de Ensino Superior (art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.958/94), ou seja, não podem ser “intermediárias de mão-de-obra, utilizando-se, para tanto, de recursos públicos”; iii) as fundações de apoio somente podem realizar parcerias nas áreas de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional (art. 10 da Lei nº 8.958/94); iv) elas não podem participar em contratos ou convênios entre as IFES e outros órgãos públicos ou privados como intervenientes financeiros.

Nesse sentido, somente podem existir fundações se essas objetivarem específicos fins (questões de interesse público), ou seja, o interesse social.

---

<sup>48</sup> Decisão publicada no Diário Oficial da União de 25.11.92, Seção I, p. 16.302 a 16.305.

### 3.3 O QUE SÃO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO?

As organizações sociais são oriundas daquele período no qual se denominou de “Reforma do Estado” a partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

A organização social compreende a qualificação dada às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde<sup>49</sup>.

Uma organização social tem por características, dentre as acima assinaladas, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>50</sup>:

- i) Criada por particulares, devendo habilitar-se perante a Administração Pública a fim de receber a qualificação de “entidade de interesse social e utilidade pública”;
- ii) Seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- iii) As responsabilidades e obrigações da Administração Pública e da organização social são definidos por meio de contrato de gestão, que, por sua vez, estabelece as metas a serem obtidas, os prazos de execução;
- iv) O contrato deverá ser supervisionado pela Administração Pública, exercendo um controle de resultado;
- v) Em caso de não cumprimento dos termos estabelecidos no contrato de gestão, a entidade poderá ser desqualificada;
- vi) O fomento prestado pelo Estado à organização social compreende: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato

---

<sup>49</sup> Art. 1º. da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 267-268.

de gestão; cessão de servidores públicos, com ônus para a origem, e dispensa de licitação no caso de contratos de prestação de serviços;

Além disso, em março de 1999, a Lei n. 9.790 estabeleceu uma nova qualificação, qual seja, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou simplesmente OSCIP, qualificação essa dada para determinadas entidades que compõe o Terceiro Setor, a fim de capacitá-las a receber determinados benefícios pela Administração Pública para a execução de atividades de interesse coletivo.

Diferentemente das organizações sociais que executam um determinado serviço público, o Estado faz parcerias com as OSCIPs, ajudando, cooperando com essas entidades privadas que exerçam atividades que atendam a necessidades coletivas, ainda que não tenham natureza de serviço público<sup>51</sup>. Além disso, a qualificação da organização da sociedade civil de interesse público se faz sob critérios mais rígidos.

Em resumo, as OSCIPs são pessoas jurídicas de direito privado, criada por particulares, atuando em áreas específicas (como assistência social, promoção gratuita da educação e da saúde, promoção do voluntariado, entre outras listadas no art. 3º. Da Lei n. 9.790/99), com vínculo com a Administração pública estabelecido por meio de parceria), devendo tal termo pelo órgão do Poder Público da área de atuação<sup>52</sup>.

## **4 RELAÇÃO ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM TERCEIRO SETOR**

### **4.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO**

O direito administrativo não reconhecia a figura do contrato administrativo, isso porque o modelo contratual prevalente era a de direito privado e todas as relações

---

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 575.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 575.

entre as partes deveriam ser regidas pelo direito civil<sup>53</sup>. Foi com o direito alemão, em especial atenção a Otto Mayer que se reconheceu a necessidade de se criar condições específicas à contratação administrativa uma vez que os contratos privados se mostravam insuficientes a regular uma relação desigual estabelecida entre a Administração Pública e o particular<sup>54</sup>. A desigualdade de tal relação se exprime no fato de que o Estado exerceria uma prerrogativa autoritária em relação ao particular<sup>55</sup>.

Segundo a teoria de Mayer, seria necessário construir um direito público que fosse independente da vontade do soberano ou das formas oriundas de direito privado, isso porque a Administração Pública tutelaria interesses gerais, ao passo que o modelo contratual privado e tradicional estaria arraigado aos interesses particulares. A supremacia da Administração Pública garantiria os interesses da coletividade face aos interesses individuais<sup>56</sup>.

Tal construção teórica dotava a Administração de caráter repressivo e limitadora da liberdade individual. No entanto, essa concepção foi incapaz de representar a atuação administrativa do pós Primeira Guerra Mundial, uma vez que a Administração não se engajaria à limitar a liberdade individual, mas a prestar serviços à comunidade<sup>57</sup>.

O grande marco doutrinário do contrato administrativo é aquele formulado por Eduardo García Enterría. Para o autor, as instituições de Direito Administrativo não precisam corresponder àquelas de Direito Civil. Segundo tal teoria, em figurando a Administração Pública em uma relação contratual, haveria modulação geral em todo gênero contratual no que tange às regras atinentes à formação do contrato, isto é, regras de competência, procedimento, vontade administrativa<sup>58</sup>. Por modulação entendem-se as alterações no molde contratual tradicional haja vista a presença da Administração Pública em dada relação contratual.

No Direito brasileiro, a ideia prevalente é a de que a Administração Pública não

---

<sup>53</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Contrato administrativo*, 307.

<sup>54</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Contrato administrativo*, 308.

<sup>55</sup> MASUCCI, Alfonso. *La Quaestio nel Diritto Tedesco dell' Ammissibilità del Contratto di Diritto Pubblico fra Amministrazione e Privato*, p. 416-417.

<sup>56</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Contrato administrativo*, 309.

<sup>57</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Contrato administrativo*, 310.

<sup>58</sup> ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 604.

pode se socorrer somente das regras de Direito privado. E mais, segundo o art. 54 da Lei n. 8.666/93, as regras de direito privado somente podem ser aplicadas supletivamente aos contratos administrativos<sup>59</sup>. As regras do Código Civil, ainda, devem restringir-se às normas gerais<sup>60</sup>.

O contrato administrativo para Lúcia Valle Figueiredo, nessa linha, caracteriza-se pelo: i) desnivelamento das partes resultante da típica relação de administração; ii) autonomia da vontade circunscrita ao particular, uma vez que a Administração Pública não obriga o particular a contratar; (iii) incidência da cláusula *rebus sic standibus*; (iv) mutabilidade do contrato, ou seja, para atendimento ao interesse público o contrato administrativo é dotado de certa maleabilidade, e, por fim, (v) poder da Administração Pública em sancionar e fiscalizar o contrato<sup>61</sup>.

Vale lembrar que os contratos administrativos devem sujeitar-se aos ditames da lei, uma vez que ao administrador público é-lhe conferido apenas um espaço de atuação dentro da lei. Ainda, impõe-se o procedimento licitatório antes da realização da contratação com a Administração Pública, bem como disposições legais denominadas de cláusulas exorbitantes, tendo em vista a preponderância do interesse público.

## 4.2 A REGRA PREVALENTE DE LICITAR

Conforme Dromi, a licitação é um procedimento administrativo no qual o ente público abre a todos os interessados, que, obviamente, atendam às condições lançadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formulação de propostas, incumbindo à Administração Pública escolher aquela que se mostre mais conveniente à celebração do contrato<sup>62</sup>. Daí a necessidade de que o Poder Público, visando à contratação de serviços ou mesmo aquisição de bens que atendam o aparato

---

<sup>59</sup> “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado”.

<sup>60</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Contrato administrativo*, 314.

<sup>61</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 478-481.

<sup>62</sup> DROMI, José Roberto. *La licitación pública*, 92.

administrativo realize o devido processo licitatório, atendendo as regras a ela atinentes, com especial atenção à mencionada Lei de Licitações de Contratos Administrativos.

A regra prevalente, pois, em Direito Administrativo é a de que todas as contratações realizadas pela Administração Pública devem ser antecedidas por processo licitatório, no entanto, a Lei n. 8.666/93 excepciona tal regra ao permitir a realização de contratação direta em situações onde, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público.

Muito embora a regra prevalente seja a obrigatoriedade na realização de processo licitatório, na relação Administração Pública e Terceiro Setor é possível observar burla recorrente a essa regra, verificando-se casos graves de malversação de recursos públicos.

#### 4.3 EXCEÇÃO À LICITAÇÃO PÚBLICA COMO REGRA: A PREVISÃO LEGAL EM FACE AOS DESVIRTUAMENTOS VERIFICADOS EM CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM O TERCEIRO SETOR

Conforme anteriormente destacado, a regra prevalente em Direito Administrativo é a de que todas as contratações realizadas pela Administração Pública devem ser antecedidas por processo licitatório. Tal regra está delineada no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No entanto, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, excepciona a regra prevalente de licitar, mediante a realização de contratação direta “em situações onde, embora



viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público”<sup>63</sup>.

Uma dessas hipóteses é a inexigibilidade de licitação: ela caracteriza-se pela impossibilidade de competição, isso porque só há um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração, tornando a realização de processo licitatório inviável. Os casos de inexigibilidade estão dispostos no artigo 25, da Lei n. 8.666/93.

Destaca-se, ainda, o contido no inciso XIII, do art. 24, da referida Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, qual seja, a contratação, mediante dispensa de licitação, de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Assim, conforme apontado por Marçal Justen Filho é possível a contratação por dispensa de licitação de fundação de apoio, desde que as finalidades de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional estejam expressas nos seus estatutos ou atos constitutivos e, ainda, que estas mesmas finalidades correspondam ao objeto contratado<sup>64</sup>.

Portanto, não basta que a fundação seja incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, é necessário, mais do que isto, que o objeto contratado corresponda a tais finalidades.

As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação deveriam ser a exceção à regra prevalente de licitar, no entanto, verifica-se justamente o contrário, sendo a relação entre a Administração Pública e o Terceiro Setor muito conturbada nessas situações, a partir da ausência de transparência pública e malversação de recursos públicos.

Dentre as inúmeras irregularidades marcadas na atuação do Terceiro Setor, em parcerias ou contratos firmados com o Poder Público, reside, justamente, no não atendimento a regra prevalente de licitar ou às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 149.

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 253

E mais: os exemplos encontrados em instituições de ensino superior públicas são inumeráveis, citem-se os contratos e convênios celebrados entre a Universidade de Rondônia (UNIR) e a Fundação Rio Madeira de Apoio ao Desenvolvimento da UNIR (Riomar). Denúncias realizadas pelo Ministério Público tomavam por base a possível formação de “caixa dois” pela Fundação, o que obstava a gestão dos recursos repassados, criando uma situação precaríssima daquela Universidade, mediante pagamento de diárias, ajudas de custo, suprimentos de fundos e viagens sem comprovação da legalidade, funcionários fantasmas, compras e serviços superfaturados, contratos junto a empresas de “fachadas”, bem como obras intermediadas pela RIOMAR paradas ou atrasadas.

#### 4.4 CONVÊNIOS

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o convênio “é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas”<sup>65</sup>.

Uma das diferenças marcantes entre os contratos e os convênios é que os contratos caracterizam-se por um acordo de vontades opostos e contraditórios, ao passo que nos convênios esse acordo de vontades é recíproco<sup>66</sup>. Ou seja, as partes desejam o mesmo: “realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção”<sup>67</sup>.

Segundo a autora, outras características reforçam a distinção entre contratos e convênios: i) os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem por meio do convênio para alcançá-los, como, a exemplo, uma Universidade pública que realiza convênio com outra entidade para o desenvolvimento de uma pesquisa; ii) os partícipes possuem competências institucionais comuns e o resultado alcançado

---

<sup>65</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 246.

<sup>66</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 358.

<sup>67</sup> Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 20, p. 379.

insere-se na competência atribuída a cada um; *iii*) objetiva-se um resultado comum a ser usufruído por todos os partícipes; *iv*) verifica-se a mútua colaboração entre os partícipes – como o repasse de verbas ou uso de recursos humanos e materiais – onde não se cogita o estabelecimento de preço ou remuneração; *v*) as vontades não são antagônicas, mas se somam; *vi*) no contrato há partes, ao passo que nos convênios há partícipes, uma vez que esses possuem as mesmas pretensões; *vii*) inexistência de vinculação contratual, ou seja, de permanência obrigatória.<sup>68</sup>

Os convênios podem ser celebrados entre entidades públicas, ou entre uma entidade pública e outra particular<sup>69</sup>. O convênio entre entidades públicas e particulares não é possível na forma de delegação de serviços públicos, mas como atividade de fomento, ou seja, é “uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público”<sup>70</sup>. Assim, o Estado apenas incentiva o particular que queira desempenhar uma atividade que traga um benefício para a coletividade, mediante auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais ou desapropriações<sup>71</sup>. O fomento caracteriza-se como um estímulo, uma ajuda.

O serviço prestado não perde seu caráter privado, no entanto, está sujeito ao controle e fiscalização do Poder Público, principalmente no que tange à utilização de recursos públicos, uma vez que deverá ser despendido em conformidade às normas estabelecidas no convênio<sup>72</sup>. O regime dos convênios entre a Administração Pública e a entidade particular está disciplinado no artigo 116 da Lei n. 8.666/93.

Ainda que tal dispositivo legal faça menção explícita a “projetos” e, por consequência, aos serviços que tenham um resultado determinado, é possível a celebração de convênios para a prestação de serviços contínuos, desde que respeitadas às regras dispostas no mencionado dispositivo legal, aplicando-se naquilo que couber. A não aplicação do artigo 116 somente é possível nos casos em que não há repasse de recursos.

Em linhas gerais, nos contratos a Administração paga uma remuneração em

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 247-248.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 248.

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 248.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 249.

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 250.

troca de uma obra ou serviço que necessita, e essa obra ou serviço entra no patrimônio público, e o dinheiro recebido no patrimônio do particular. Aqui pouco importa de que forma o contratado irá utilizar valor. Todavia, no caso dos convênios, o valor recebido pelo partícipe resta vinculado durante toda a execução do convênio, de maneira tal que o executor deverá comprovar que os valores estão sendo utilizados em conformidade com os objetivos estipulados entre os partícipes<sup>73</sup>. O executor, assim, é aquele que administra o dinheiro público, devendo prestar contas, consoante o art. 70, Parágrafo único da Constituição Federal.

Ao contrário dos contratos, os convênios dispensam a realização de licitação.

#### 4.5 CONTRATOS DE GESTÃO

Os contratos de gestão representam uma figura nova no direito brasileiro, sendo disciplinado apenas em leis esparsas de contratos com entidades específicas. Daí a grande dificuldade em tratar o tema, como exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Assinala a autora, ainda, que tal espécie de contrato sofre grande dificuldade de adaptação em nosso ordenamento jurídico, haja vista a rigidez do direito administrativo<sup>74</sup>.

No direito francês, o berço de tal modalidade contratual, os contratos de gestão se traduzem em acordos celebrados pelo Estado com órgãos ou entidades integrantes da própria Administração Pública. No entanto, é possível verificar a existência de contratos de gestão atípicos, ou seja, contratos de gestão celebrados entre o Estado e entidades privadas<sup>75</sup>. A grande questão apontada pela doutrina francesa repousa na sua real natureza contratual, uma vez que essa modalidade se trata de acordo realizado com órgãos estatais despersonalizados, ou seja, sem personalidade jurídica

---

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 251.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 253.

<sup>75</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 254/257.

própria<sup>76</sup>.

No Brasil os contratos de gestão correspondem aos “acordos celebrados com entidades da Administração indireta, mas também com entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado (mais especificamente as organizações sociais) e que poderiam ser enquadradas, por suas características como entidades paraestatais”<sup>77</sup>.

Os contratos de gestão são comumente utilizados como forma de burlar a legislação nacional. Isso porque as entidades que compõem a Administração Indireta deveriam receber maior autonomia, no entanto, a Constituição Federal e leis que tratam da matéria, são claras ao impor a realização de concurso público para a admissão de pessoal, as mesmas regras de licitação e controle. Desse modo, conferir maior autonomia a tais entidades implicaria na alteração das regras próprias ao sistema administrativo brasileiro. Todavia, contratos de gestão não podem transgredir preceitos constitucionais ou serem utilizados como mecanismo de burla às deficiências legislativas<sup>78</sup>.

A finalidade de tais contratos de gestão é conferir eficiência à Administração Pública. A própria Administração deve se pautar pelo princípio da eficiência, o que corresponde a agir de forma rápida e precisa de modo a produzir resultados que supram as necessidades da comunidade<sup>79</sup>. Assim:

(..) o objetivo a ser alcançado pelos contratos de gestão é o de conceder maior autonomia à entidade da Administração direta de modo a permitir a consecução de metas a serem alcançadas no prazo definido no contrato; para esse fim, o contrato deve prever um controle de resultados que irá orientar a Administração Pública quando à conveniência ou não de manter, rescindir ou alterar o contrato.

Os contratos de gestão devem prever minimamente a *i)* a forma como a autonomia será exercida; *ii)* as metas a serem cumpridas e seu respectivo prazo; e, *iii)* controle de resultado.

Ainda, é possível que a Administração Pública celebre contratos com organizações não integrantes da Administração indireta, ou seja, com organizações

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 258.

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 248.

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 260.

<sup>79</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 146.

não governamentais qualificadas como organizações sociais. Daí o teor da Lei n. 9.790 de 23 de Março de 1999, que integra as expressões “organizações da sociedade civil de interesse público” e “termo de parceria”. O objetivo é “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado”<sup>80</sup>.

As organizações sociais concretizam a parceria mediante contrato de gestão, e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) mediante termo de parceria. Ambas atuam na área de serviços públicos não exclusivos do Estado, tais como saúde e educação<sup>81</sup>.

Conforme inicialmente assinalado os contratos de gestão firmados com a Administração direta tem como objetivo lhe conferir maior autonomia. Efeito inverso é verificado nos contratos de gestão firmados com entidades privadas, vez que deverão cumprir com as determinações estabelecidas contratualmente<sup>82</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lança a argumentação de que, em realidade, a intenção do legislador em relação aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais é a de escapar ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública, uma vez que nos casos em que a entidade absorve as atividades prestadas pelo órgão público, esse mesmo órgão público desaparece, sendo substituído por uma nova roupagem. E mais, tal situação simplesmente faz com que se privilegie determinada entidade privada, em detrimento da realização de procedimento licitatório que assegure isonomia entre possíveis interessados. Ainda, “em se tratando de ceder recursos orçamentários e bens públicos para serem geridos por entidade privada, o certo seria exigir-se demonstração de idoneidade financeira e qualificação técnica, como se exige em qualquer contrato administrativo”<sup>83</sup>.

Nos casos das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) a parceria, em linhas gerais, deve respeitar requisitos mais rígidos, conforme disciplina o art. 4º. da Lei 9.790/99, a citar, observância dos princípios basilares da Administração

---

<sup>80</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 264.

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 264.

<sup>82</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 268.

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 269-270.

Pública, adoção de práticas de gestão administrativa, prestação regular de contas e a estruturação da remuneração de seu pessoal em valores compatíveis com o mercado. Assim, ao contrário do que se passa com a organização social, o Estado não abre mão do serviço público que será exercido pela iniciativa privada, no entanto, incentiva as ações de tais entidades, pois em que pesem não se caracterizem como serviços públicos, contribuem para o atendimento de necessidades da comunidade<sup>84</sup>.

Ademais, os termos de parceria firmados entre a Administração Pública e a OSCIP devem integrar, no mínimo, os seguintes elementos, consoante art. 10, § 1º. da Lei n. 9.790/99: *i)* objeto, contendo a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização; *ii)* estipulação de metas e resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; *iii)* avaliação de desempenho; *iv)* previsão de despesas e receitas com detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos; *vi)* apresentação de relatório final acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente gastos.

## 5. NOÇÃO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

### 5.1 E QUEM CONTROLA OS CONTROLADORES?

Em um contexto liberal, Montesquieu retrata que para se evitar o verdadeiro ciclo de abuso de poder é necessário impor limites. Ou seja, de que o “poder freie o poder”<sup>85</sup>. Para se por fim à monarquia absoluta, competia aos iluministas erigir um sistema racional, representado pelo Estado Liberal, com destaque para a Constituição de 1787, as constituições do período revolucionário francês e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esse último documento já continha em seu art. 15: “a

---

<sup>84</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 273.

<sup>85</sup> MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, p. 118.

sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”<sup>86</sup>.

Para Norberto Bobbio a visibilidade, cognoscibilidade, acessibilidade e, portanto, a controlabilidade está vinculada à democracia, ao passo que a incontabilidade está amarrada à arbitrariedade<sup>87</sup>.

A finalidade do controle é a de que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios delineados constitucionalmente, tais como, o da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, legitimidade. De tal sorte que o administrador público evite que o dinheiro público seja desviado da proposta de aplicação que lhe foi conferido<sup>88</sup>.

Consoante definição de Evandro Martins Guerra, o controle administrativo é

a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever de fiscalização, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.

O vocábulo “controle” aqui empregado engloba inúmeras acepções: dominação (que gravita em torno da ideia de subordinação e monopolização), direção, limitação, registro e vigilância ou fiscalização<sup>89</sup>.

O controle administrativo é, pois, mecanismo de evitabilidade da arbitrariedade do administrador e de efetividade do princípio da boa administração. Conforme Jaime Rodriguez-Arana “la facilidad com la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden lesionar el derecho fundamental a la buena Administración escapando del control o del sistema de “accountability” o de rendición de cuentas que

<sup>86</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, trad. por Marco Aurélio Nogueira, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

<sup>88</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 30.

<sup>89</sup> MELLO JUNIOR, João Cancio de. *A função de controle dos atos da administração pública pelo ministério público*, p. 147-148.



debe caracterizar a uma verdadeira y genuina Administración democrática”<sup>90</sup>.

Segundo Odete Medauar, o controle sobre a Administração Pública pode se dar, em primeiro lugar, pelo aspecto em que incide, ou seja, o controle da legalidade (se os atos estão em conformidade com seu diploma legal), controle de mérito e controle da “boa administração”. Em segundo lugar, quando ao momento em que se exerce: o controle prévio (antes da eficácia da medida ou decisão), concomitante (que se realiza durante a realização da medida ou do ato) e sucessivo ou *a posteriori* (realizado após a edição do ato ou adoção da medida). Em terceiro lugar, quanto à amplitude, a partir do controle de ato ou de atividade. E, por fim, quanto ao modo de se desencadear, seja por ofício (o próprio agente que toma a iniciativa do controle), por provocação (há uma solicitação de atuação do agente controlador) ou de forma compulsória (se realiza necessariamente em momento oportuno, em conformidade com as determinações que disciplinam o ato ou decisão)<sup>91</sup>.

As modalidades e classificação adotadas no presente trabalho são as de controle de legalidade, controle prévio e *a posteriori*. Ademais, para fins didáticos seguiu-se a tipologia de controle interno e controle externo administrativo. As irregularidades encontradas em contratações realizadas pela Administração Pública com o Terceiro Setor, a partir dos dados obtidos com os julgados do Tribunal de Contas do Estado do Paraná que exerce verdadeira função de controlador externo, serão confrontadas com a insuficiência ou mesmo ausência de controle interno administrativo.

## 5.2 CONTROLE INTERNO

O controle realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e suas

---

<sup>90</sup> RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública*, p. 4.

<sup>91</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 423/424.

entidades indiretas denomina-se controle administrativo interno<sup>92</sup>. Nas palavras de Odete Medauar o controle interno “visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da boa administração, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público, a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas”<sup>93</sup>.

Dentre as modalidades de controle interno, destacam-se:

i) *Autocontrole*: Se caracteriza pela fiscalização realizada pela própria autoridade administrativa que editou ato ou medida, seja de forma espontânea, seja por provocação (nesse caso, mediante manejo de recurso administrativo, tais como pedido de reconsideração, denúncia de ilegalidade). Como consequência o agente pode anular, revogar, suspender o ato ou a adoção de medidas que visem corrigir os efeitos negativos que tenha causado;

ii) *Controle hierárquico*: é a fiscalização exercida pelos órgãos superiores sobre os atos e atividades dos órgãos que lhe são subordinados.

iii) *Controle de gestão*: visa determinar objetivos a serem realizados pelo aparato administrativo ou de produtividade. Assim, implica no “acompanhamento simultâneo da atuação, com medidas corretivas a cada passo, impedindo a dispersão ou mau uso dos recursos humanos e materiais alocados”<sup>94</sup>.

iv) *Inspeção, auditoria e correição*: A inspeção ocupa-se da análise de documentos, realização de relatórios ou de propostas de medidas e recomendações. Não possui, desse modo, qualquer poder de decisão. A auditoria se presta à fiscalização geral da atividade administrativa. A correição, por sua vez, se traduz no controle geral da Administração ou fiscalização das atividades de determinado órgão, tal como a Corregedoria-Geral da União.

v) *Pareceres vinculantes*: Os pareceres vinculantes são emitidos quando uma norma assim dispõe sobre a obrigatoriedade de consulta prévia a órgão jurídico. A Administração é obrigada a nortear seus atos em consonância ao parecer elabora, ou a

---

<sup>92</sup> Odete Medauar oferece outras denominações, como controle intraorgânico, controle intra-administrativo ou somente controle administrativo. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 424.

<sup>93</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 424.

<sup>94</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 432.

não editar determinado ato, ou solicitar novo parecer. Cita-se como exemplo, a Procuradoria Federal Especializada junto à Universidade Federal do Paraná.

vi) *Controle financeiro*: a Constituição Federal em seu artigo 74 determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter de forma integrada sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e de comprovar a legalidade e avaliar resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

O controle interno caracteriza-se, fundamentalmente, como verdadeiro filtro à ocorrência de irregularidades ou desvirtuamento das atividades administrativas. No caso das entidades que compõem o Terceiro Setor, está a Administração Pública obrigada a realizar tal controle uma vez verificado o uso de recursos públicos para a realização de projetos ou ações que visem suprir necessidades de caráter coletivo, em atendimento ao princípio do interesse público.

### 5.3 CONTROLE EXTERNO

O controle dos atos administrativos por órgão distinto daquele que os emitiu é praticamente uma obrigatoriedade em qualquer sistema democrático, fundamentalmente o exercido pelo Poder Legislativo mediante ação dos Tribunais de Contas. Assim, “nos dias atuais, não existe país democrático sem um órgão de controle com a missão de fiscalizar a boa gestão do dinheiro público”<sup>95</sup>.

Conforme Hely Lopes Meirelles, “não é, pois, a natureza do órgão ou da pessoa que a obriga a prestar contas; é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro

---

<sup>95</sup> CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*, p.12.

gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar o seu zelo e bom emprego”<sup>96</sup>. O controle externo é realizado por órgão diverso daquele responsável pela emissão do ato controlado, como o controle feito pelo Poder Judiciário, Congresso Nacional ou pelo Tribunal de Contas<sup>97</sup>.

#### 5.4. CONTROLE INTERNO VERSUS CONTROLE EXTERNO

Conforme Real, todo órgão da Administração Pública, subordinado ou hierarquicamente, detém o poder de revisar segundo os critérios de conveniência, oportunidade e legalidade os seus próprios atos, sem que isso implique na intervenção de outros órgãos que são estranhos à sua estrutura<sup>98</sup>.

A Administração tem o poder-dever de velar pela legalidade, “deber el de rever y revocar o modificar, de oficio, sus propios actos ilegales, em todo tempo, cuando ningún limite jurídico se lo impede”<sup>99</sup>.

O controle aparece aqui como forma de assegurar à sociedade a atuação não arbitrária dos sujeitos investidos em competências estatais, e, ademais, garantem o respeito e a efetividade de direitos fundamentais. Pois, “toda discricção pública ou privada, haverá de estar juridicamente vinculada, formal e materialmente, aos direitos fundamentais, ao menos em sistemas jurídicos democráticos, abertos e unitários.”<sup>100</sup>.

Toda a disciplina da atividade administrativa deve estar submetida a uma concepção democrática, ou seja, o administrador subordinado à fiscalização popular, de todos os órgãos de controle e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais<sup>101</sup>. No entanto, a prática tem evidenciado a ausência de controle efetivo por parte do Administrador e de quem deveria exercê-lo.

Em consonância com o aspecto da legalidade e de seu poder de revisão de

---

<sup>96</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 432.

<sup>97</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 44.

<sup>98</sup> REAL, Aberto Ramon. *El control de la administration*. p. 26/27.

<sup>99</sup> REAL, Aberto Ramon. *El control de la administration*, p. 27.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 10.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito administrativo*, p. 734.

seus próprios atos, deve a Administração Pública zelar por uma atuação transparente, em consonância com o interesse público e com a garantia e concretização de direitos fundamentais.

As entidades que compõem o Terceiro Setor ao receberem alguma forma de incentivo público pelo desempenho de funções públicas não exclusivas do Estado, sujeitam-se ao controle da Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Um controle efetivo pelo Poder Público na atuação de tais entidades, sem sombra de dúvidas, otimizaria o gasto público referente às verbas a elas repassadas e o acesso aos direitos sociais.

A ineficiência do controle interno (a verificação, desenvolvida no âmbito do próprio Poder, da legalidade e da oportunidade dos atos administrativos produzidos pelos seus órgãos e autoridade<sup>102</sup>) quanto às irregularidades encontradas nas entidades que compõe o Terceiro Setor, reside, justamente, na atuação maciça dos órgãos de controle externo (que consiste, por sua vez, na submissão da atividade administrativa à fiscalização exercitada por órgãos externos à estrutura administrativa do Estado<sup>103</sup>), a exemplo do Tribunal de Contas da União, e do próprio Ministério Público.

Portanto, propõe-se a análise das principais irregularidades encontradas nas entidades que compõe o Terceiro Setor, e, fundamentalmente, sob a ótica de que tais irregularidades obstem à efetividade e garantia de direitos fundamentais, direitos estes que, em cenário nacional, se expressam substancialmente em direitos sociais.

## 6. O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

O Tribunal de Contas, no Brasil, foi uma criação do período republicano, a partir do Decreto n. 966-A, de 7 de setembro de 1890. Rui Barbosa assim o definiu:

---

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito administrativo*, p. 740.

<sup>103</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito administrativo*, p. 745.

“corpo de magistratura intermediária entre a Administração e a legislatura que, colocado em posição soberana, com atribuições de revisão e julgamento cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil (...) Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesas e o poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de uma e de outro que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças”<sup>104</sup>.

No entanto, a Corte de Contas somente foi inaugurada em 1893, após a promulgação da Constituição de 1891. É inegável que desde sua criação, os Tribunais de Contas passaram por profundas transformações, agregando poderes mais amplos, dentre os quais se destacam a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das despesas estatais e das entidades e órgãos e sua administração direta e indireta<sup>105</sup>.

A Constituição Federal brasileira de 1988 tratou do controle externo no Título IV, Seção IX, Capítulo I, referente ao Poder Legislativo. O Legislativo possui, assim, a capacidade de controle externo das contas pública com o auxílio do Tribunal de Contas, no que tange à fiscalização orçamentária e financeira. Caracteriza-se como instituição estatal independente, que possui as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário no que tange aos seus integrantes. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello o Tribunal de Contas, no sistema jurídico brasileiro, constitui um “conjunto orgânico perfeitamente autônomo”<sup>106</sup>.

Ademais, cabe destacar que o a expressão “auxílio” ora aqui designada não significa subordinação. Isso porque o texto constitucional conferiu ao Tribunal de Contas funções consultivas (art. 71, I e II), verificadoras (art. 71, II), inspetivas (art. 71, IV), fiscalizatórias (art. 71, V e IV), informativas (art. 71, VII), coercitivas (art. 71, VIII), reformatórias (art. 71, IX), suspensivas (art. 71, X) e declaratórias (art. 71, XI)<sup>107</sup>. Aliás,

<sup>104</sup> Exposição de Motivos do Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890.

<sup>105</sup> Brasil. STF. MS-21466/DF, Relator Ministro Celso de Mello 19.5.1993. Diário de Justiça [Brasília], 6.5.1994.

<sup>106</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Funções dos Tribunais de Contas*, p. 136.

<sup>107</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*, p. 193.

se como órgão auxiliar lhe fosse conferido o sentido de subalterno, não poderia apreciar as contas da Mesa do Poder Legislativo<sup>108</sup>.

Reforçando tal ideia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que o Tribunal de Contas caracteriza-se como órgão constitucional subordinante, na medida em que lhe são conferidas doze funções constitucionais dispostas no art. 71 e Parágrafo 2º. da Constituição Federal. Entende ainda o autor ser órgão constitucional essencial uma vez que desempenha funções políticas, e, órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o exercício de funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático<sup>109</sup>.

Nos termos do art. 70, II, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Com o intuito de melhor embasar sua análise acerca da regularidade ou irregularidade das contas, a Corte pode determinar a realização de auditorias. Pode, ainda, aplicar multa proporcional ao dano em face de irregularidades encontradas, conforme o art. 70, VIII, da Constituição Federal.

Carlos Maurício Cabral Figueirêdo assinala que o modelo de controle adotado aqui, seria o controle *a posteriori*, privilegiando a “análise dos resultados, avaliando a eficácia, eficiência e economicidade da gestão”<sup>110</sup>.

Assim o sistema de controle adotado no Brasil, denominado sistema dos Tribunais de Contas, tem como principais características “o processo decisório resolvido por colegiado; vitaliciedade de ministros e conselheiros; poderes jurisdicionais (na instância administrativa); poder coercitivo; grande grau de autonomia ante os Poderes; controles administrativos judicialiformes; procedimentos de fiscalização

---

<sup>108</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 58.

<sup>109</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: ENCONTRO LUSO-BRASILEIRO DE TRIBUNAIS DE CONTAS. Estoril: 19-21 de março de 2003, p. 96-98.

<sup>110</sup> FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral. *A experiência do Tribunal de Contas de Pernambuco no estímulo à participação cidadã*, p. 07.

formais, burocráticos e eminentemente legalistas”<sup>111</sup>.

Aliás, o sistema adotado no Brasil é único no mundo, isso porque abarca os processos e as formas de decidir do Legislativo e do Judiciário, caracterizando-se pelo “hibridismo” e “adaptabilidade”<sup>112</sup>.

## 6.1 COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS

Como inicialmente assinalado, o grande salto que se verificou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi a ampliação das competências conferidas ao Tribunal de Contas, nesse sentido vale destacar seu artigo 71 e incisos:

Art. 71. O controle externo a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, inclusive as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

Helio Saul Mileski caracteriza as competências do Tribunal de Contas como próprias, que são aquelas atinentes aos procedimentos de controle (vigiar, acompanhar e julgar a regularidade dos atos de atividade financeira controlados), exclusivas, no

<sup>111</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 35.

<sup>112</sup> RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil*, p. 94.



qual somente o Tribunal pode exercer e, por fim, como indelegáveis, uma vez que não podem ser delegadas a qualquer um dos Poderes ou a outra organização, pública ou privada<sup>113</sup>.

## 6.2 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Os princípios aplicáveis à atuação do Tribunal de Contas, fundamentalmente no que concerne às atividades de controle das despesas públicas realizadas pelo gestor de tais verbas, são àqueles que dizem respeito aos princípios da Administração Pública e outros princípios que não foram especificamente criados para ela, mas que mantém forte relação com a boa governança e respeito aos direitos fundamentais, por exemplo, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido não se propõe o exame aprofundado e total dos princípios que regem a atuação do Tribunal de Contas, mas aqueles que se apresentam como imprescindíveis à compreensão do controle interno e externo administrativo, e à análise dos dados obtidos a partir das decisões emitidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (a gestão de verbas públicas pelas entidades que compõem o Terceiro Setor). São eles: os princípios da legalidade, economicidade, legitimidade, moralidade, publicidade, moralidade, eficiência e do contraditório e da ampla defesa.

### 6.2.1 Princípio da Legalidade

Esse princípio consagra a fórmula de que a Administração somente pode agir conforme o que a lei prescreve<sup>114</sup>. Odete Medauar pontua que tal princípio que a

---

<sup>113</sup> MILESKE, Helio Saul. *O controle da gestão pública*, p. 255.

<sup>114</sup> MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 95.

“Administração deve sujeitar-se às normas legais”<sup>115</sup>, de maneira a evitar quaisquer arbitrariedades do administrador público.

No que tange à atuação do Tribunal de Contas em consonância com o princípio da legalidade, necessário esclarecer que sua ação não se restringe à compatibilidade dos atos realizados pelo administrador público com lei, mas “verificar se o atendimento da norma legal dentro de um contexto social alcançou os fins colimados pelo interesse público, considerando-se a plêiade de princípios informadores da Administração Pública”<sup>116</sup>.

### 6.2.2 Princípio da economicidade

Tal princípio se traduz na “minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação (...) Transcende o mero controle da economia de gastos, entendida como aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias”<sup>117</sup>. Assim, a controle realizado pelo Tribunal de Contas deve levar em consideração a proporcionalidade ou a compatibilidade do preço para a aquisição de determinado produto ou obra, de modo a evitar desperdício do dinheiro aplicado.

### 6.2.3 Princípio da legitimidade

Conforme Evandro Martins Guerra, esse princípio se traduz na verificação de se “o administrador público, na totalidade de suas ações administrativas, orçamentárias, financeiras, contábeis e operacionais, sujeitou-se, além do cumprimento das normas, leis e regulamentos que se lhe impunha submeter, aos fins inicialmente previstos e à

---

<sup>115</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 144.

<sup>116</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 70.

<sup>117</sup> MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*, p. 249-250.

motivação oferecida para a execução do ato”<sup>118</sup>.

#### 6.2.4 Princípio da Moralidade

Consoante Romeu Felipe o princípio da moralidade é “princípio ético com ampla abrangência sobre atividade administrativa. Importa a análise da sua incidência no processo administrativo disciplinar que se dá, sobretudo, pela lealdade e boa fé”<sup>119</sup>.

Ainda, estaria ele fundamentado em “parâmetros comportamentais baseados na noção do que a sociedade, em determinado tempo e lugar, considere como ‘boa administração’, a cuja observância está adstrito o Administrador no seu mister de conduzir os negócios estatais como corolário da própria função na qual encontrava-se investido e tendo em mente o interesse público a ser preservado dentro da ética ditada para a instituição”<sup>120</sup>. Assim, por esse princípio entende-se que o processo de fiscalização deve atuar não somente em consonância com a lei, mas com a moral administrativa e o interesse público<sup>121</sup>.

#### 6.2.5 Princípio da Publicidade

Consoante artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do

---

<sup>118</sup> GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas*, p. 106-107.

<sup>119</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 180.

<sup>120</sup> QUIXADÁ, Valéria Oliveira. *Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle in face da Constituição de 1988*, p. 54.

<sup>121</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 75.

Estado.

Nas palavras de Marília Mendonça Moraes o princípio da publicidade

(...) obriga a Administração Pública a expor todo e qualquer comportamento que lhe diga respeito. É esse princípio que confere certeza às condutas estatais e segurança aos administrados. A publicidade resulta, no Estado Contemporâneo, do princípio democrático segundo o qual sendo o poder do povo (art. 10, parágrafo único, da CF/88) e, conseqüentemente, sendo o Estado o próprio povo reunido e constituído sob determinado modelo de Direito, para atingir seus objetivos definidos sistematicamente, tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, enfim, todos os seus comportamentos, devem ser do conhecimento público. Considerando-se que a democracia que se põe à prática contemporânea conta com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeitos de fiscalização e controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que o princípio da publicidade adquire, então, valor superior àquele antes constatado na história, pois não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado<sup>122</sup>.

A atuação do Tribunal de Contas se exprime por tal princípio na publicação de todos os seus atos de maneira a oportunizar às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, resguardando, assim, a segurança jurídica e produzindo efeitos lícitos<sup>123</sup>.

#### 6.2.6 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência se traduz na organização do aparato estatal de modo a satisfazer as necessidades sociais da forma mais satisfatória possível e, ainda, que os agentes públicos a partir de um melhor desempenho, alcancem melhores resultados. Assim, o “dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>124</sup>”. Tal princípio sofre inúmeras críticas, uma vez ter sido a incorporação de uma lógica

<sup>122</sup> MORAIS, Marília Mendonça. *O princípio da publicidade*, p. 253.

<sup>123</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 76.

<sup>124</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 60.

mercadológica competitiva a um sistema totalmente distinto, que é a esfera pública, pautada, fundamentalmente, no interesse público e ao atendimento de direitos sociais<sup>125</sup>.

No entanto, no processo de fiscalização realizado pelo Tribunal de Contas, o princípio da eficiência se expressa na celeridade, simplicidade, finalidade, economia e efetividade<sup>126</sup>.

### 6.2.7 Princípio do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal já destacou que o direito de defesa não se resume a mera manifestação da parte no processo. Consoante a Suprema Corte, a defesa envolve *i)* o direito de informação; *ii)* o direito de manifestação, garantindo ao defendente a possibilidade de manifestar-se, oralmente ou por escrito, sobre elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; e, *iii)* o direito de ver seus argumentos considerados<sup>127</sup>. Portanto, deve igualmente o Tribunal de Contas em processo fiscalizatório assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório às partes envolvidas, que não se limita à sua mera manifestação no processo.

## 6.3 OBRIGATORIEDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS E NATUREZA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Conforme o art. 70, Parágrafo único da Constituição Federal, é obrigatória a

---

<sup>125</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 124.

<sup>126</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 77.

<sup>127</sup> MS 22.693 (Dje 13.12.2010), Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno.

prestação de contas qualquer pessoa física e jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles

o dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrador corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade que assume o caráter de um “múnus público”, isto é, de um encargo para a comunidade<sup>128</sup>.

Nesse sentido, as entidades que compõem o Terceiro Setor e que estabelecem relações com a Administração Pública (vale dizer, a celebração de contratos, convênios, contratos de gestão para a realização de determinado serviço, projeto ou compra de materiais) está sujeita ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, habilitando-o ao exercício pleno de suas competências constitucionais. Isso porque a fiscalização contábil, financeira e orçamentária se caracteriza como sistema que tem por finalidade acompanhar, avaliar e julgar a regularidade dos atos executados pelos gestores do dinheiro público<sup>129</sup>.

O grande ponto de debate doutrinário reside na natureza das decisões emitidas pelo Tribunal de Contas. O texto constitucional praticamente confere ao poder Judiciário a exclusividade da função jurisdicional. No entanto, a Constituição excepciona tal monopólio em duas hipóteses. A primeira relativa ao processo de *impeachment*, conforme seus artigos 51 e 52. A segunda hipótese, justamente, refere-se ao “julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuído ao Tribunal de Contas, de que resulte imputação de débito ou multa, seja pelo descumprimento de qualquer outro preceito”<sup>130</sup>.

A Corte, assim, realiza função jurisdicional especial e ao Poder Judiciário

---

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 106-107.

<sup>129</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 99.

<sup>130</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 101.

competete revisão de mérito de decisão proferida pelo Tribunal de Contas somente em face de transgressão ao devido processo legal ou manifesta ilegalidade<sup>131</sup>. Conforme Luiz Bernardo Dias Costa, as deliberações do Tribunal de Contas “consistem em juízos acerca da exatidão das contas e dos atos submetidos a seu exame. Elas fazem coisa julgada administrativa, o que impede sua revisão e torna seu cumprimento obrigatório nessa esfera, e não pode ser questionadas senão por Mandado de Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal”<sup>132</sup>.

Ademais, a teor da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

## **7 O CONTROLE OU DESCONTROLE NA PRÁTICA: ANÁLISE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ NOS ANOS DE 2008, 2009, 2010 E 2011**

O aporte utilizado no presente trabalho foi a pesquisa obtida no projeto de iniciação científica da Universidade Federal do Paraná intitulada “Terceiro Setor: análise do controle interno exercido pela Administração Pública como instrumento de garantia e efetividade de direitos fundamentais”, entre 01 de Agosto de 2012 a 31 de Julho de 2013<sup>133</sup>. Em tal projeto foi realizada a leitura de acórdãos do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, a identificação das principais irregularidades encontradas e as decisões tomadas pela Corte. Mediante tais dados foram elaborados gráficos estatísticos correlacionados com a deficiência do controle interno exercido pela administração pública.

---

<sup>131</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e nas administração pública*, p. 88-89.

<sup>132</sup> COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*, p. 106.

<sup>133</sup> RACKES DA SILVA, Stefani. *Terceiro Setor: análise do controle interno exercido pela Administração Pública como instrumento de garantia e efetividade de direitos fundamentais*. Sob orientação da Professora Doutora Angela Cassia Costaldello. Inscrição BANPESC/THALES 2012026226.

## 7.1 DELIMITAÇÃO PRÁTICA: DOS MÉTODOS ADOTADOS

Uma adequada revisão bibliográfica é instrumento necessário não somente ao desenvolvimento de qualquer pesquisa acadêmica, como também a base para a propositura de novos questionamentos, de novas hipóteses e problemáticas.

Somente há superação pelo observador daquilo que está posto, se, e somente se, um dia este mesmo observador pôde compreender com profundidade os méritos e as deficiências de dado aporte teórico. Portanto, a revisão bibliográfica existente acerca do Terceiro Setor, de seu regime jurídico, dos recentes embates doutrinários é via não somente necessária, como inevitavelmente crucial para a compreensão do tema.

No entanto a mera revisão doutrinária acerca destes institutos fornece uma visão parcelar do tema proposto, sendo preciso, desta forma, visualizar não somente os problemas de ordem teórica como também, fundamentalmente, de ordem prática. Ademais, toda a criação legislativa e doutrinária existente tem a pretensão de eficácia social, todavia, há, em realidade verdadeiro fosso entre a pretensão de eficácia e daquilo que realmente é efetivado em toda comunidade.

A metodologia de análise dos acórdãos, aqui tratados, foi a busca textual simples no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná<sup>134</sup> dos seguintes termos: “fundação”, “OSCIP” e “associação”. Por uma questão de detalhamento dos gráficos e operacionalização da pesquisa realizada os períodos escolhidos foram os anos de 2008, 2009, 2010 e 2011.

Importante ponto a se destacar é que foram excluídos do espaço amostral os acórdãos com aprovação total de contas, vale dizer, em que não houve a identificação de qualquer irregularidade no controle externo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado. Isso porque, a pretensão aqui, é, justamente, identificar os pontos deficitários e a resposta a eles dada. Assim, computaram-se os casos em que houve a aprovação de contas, mas que, no entanto, foram identificadas uma ou outra irregularidade na execução de contratos, convênios ou mesmo transferências voluntárias.

---

<sup>134</sup> [www.tce.pr.gov.br](http://www.tce.pr.gov.br).



Foram excluídos, ainda, os recursos interpostos contra decisões de prestação de contas anteriores aos períodos aqui correspondentes, isso porque a maioria dos recursos tratou de matéria de cunho essencialmente processual e que fugiam do objeto do presente trabalho.

Pois bem, diante de tais considerações o resultado obtido foi o mapeamento das principais irregularidades encontradas na atuação das entidades que compõe o Terceiro Setor, e a resposta dada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná em frente a tais insuficiências.

## 7.2. DOS MALES, O MAIOR: AS PRINCIPAIS IRREGULARIDADES ENCONTRADAS QUANDO À ATUAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Foram analisados 939 processos no intervalo entre 2008 à 2011 entre as entidades que compõem o Terceiro Setor (FIGURA 1).

Ano do Acórdão	2008	2009	2010	2011	Total Geral
<b>Contagem de Número do Acórdão</b>	<b>436</b>	<b>375</b>	<b>105</b>	<b>23</b>	<b>939</b>

QUADRO 1 – ESPAÇO AMOSTRAL DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ ANALISADO

FONTE: a autora (2013)

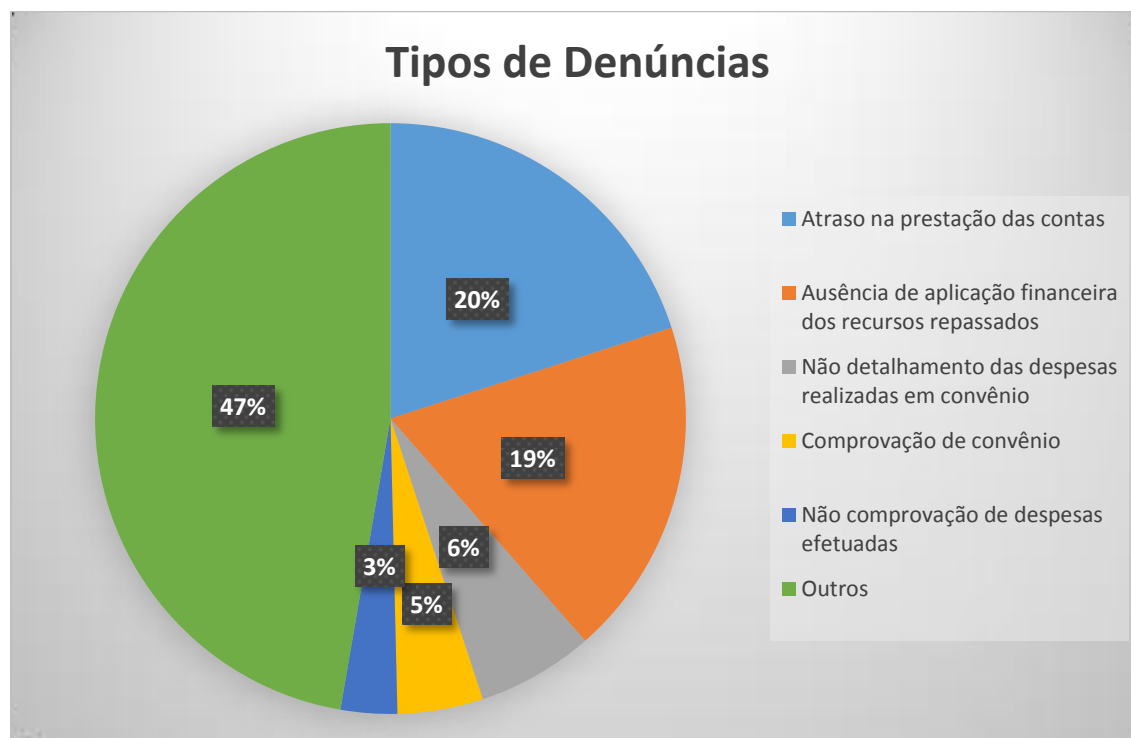
Como houve diversas denúncias, foram analisadas aquelas com frequência maior de 20 nos últimos 4 anos, sendo as demais reagrupadas em “outros”.

As cinco denúncias mais frequentes se comportaram da seguinte forma durante os últimos anos:

	2008	2009	2010	2011	%	Total
<b>Atraso na prestação das contas</b>	10,78%	27,20%	29,52%	34,78%	20,02%	188
<b>Ausência de aplicação financeira dos recursos repassados</b>	6,65%	29,33%	32,38%	4,35%	18,53%	174
<b>Não detalhamento das despesas realizadas em convênio</b>	0,00%	15,47%	1,90%	0,00%	6,39%	60
<b>Comprovação de convênio</b>	10,09%	0,00%	0,00%	0,00%	4,69%	44
<b>Não comprovação de despesas efetuadas</b>	2,52%	3,20%	1,90%	17,39%	3,09%	29

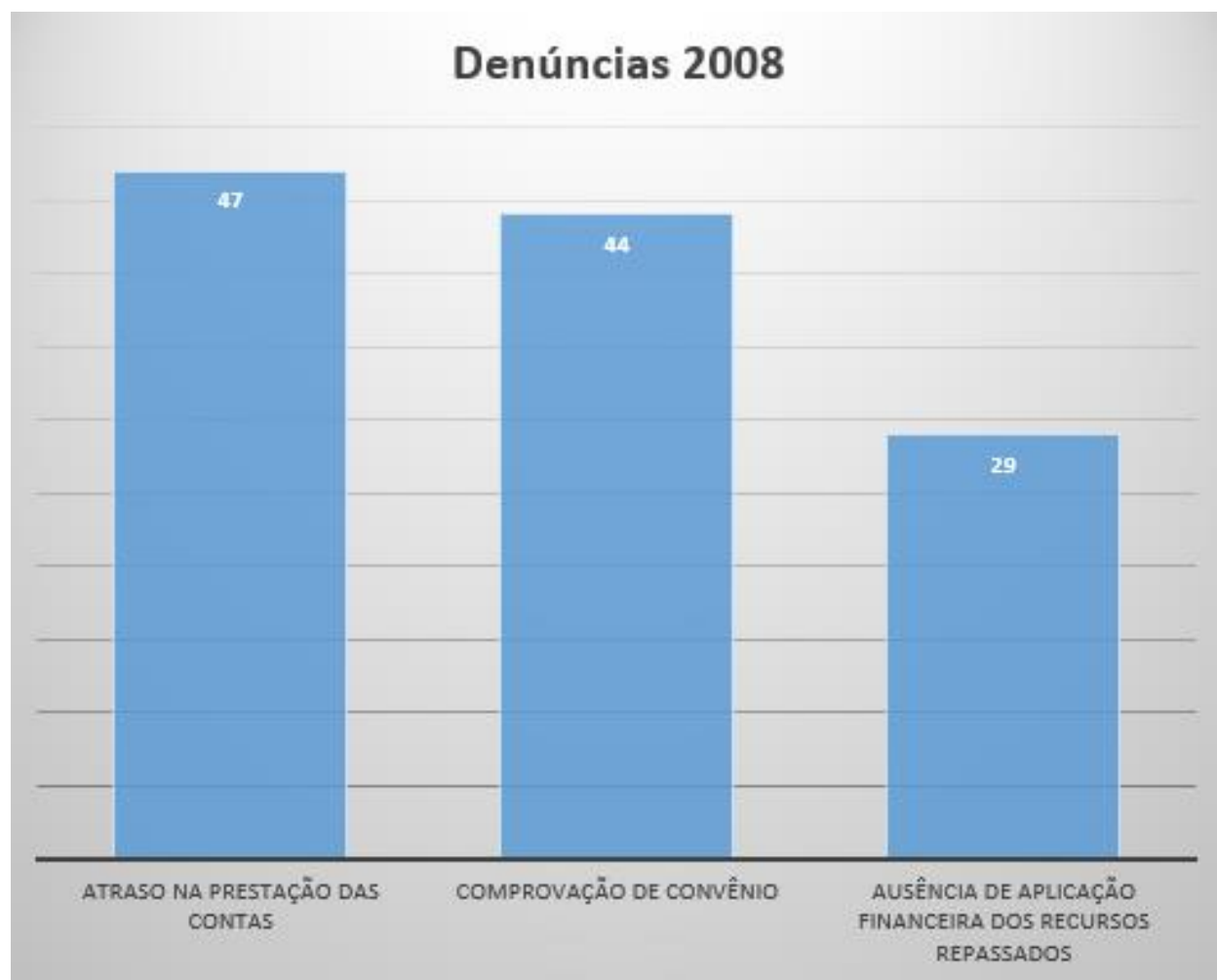
QUADRO 2 – TIPOS DE DENÚNCIAS.

FONTE: a autora (2013)

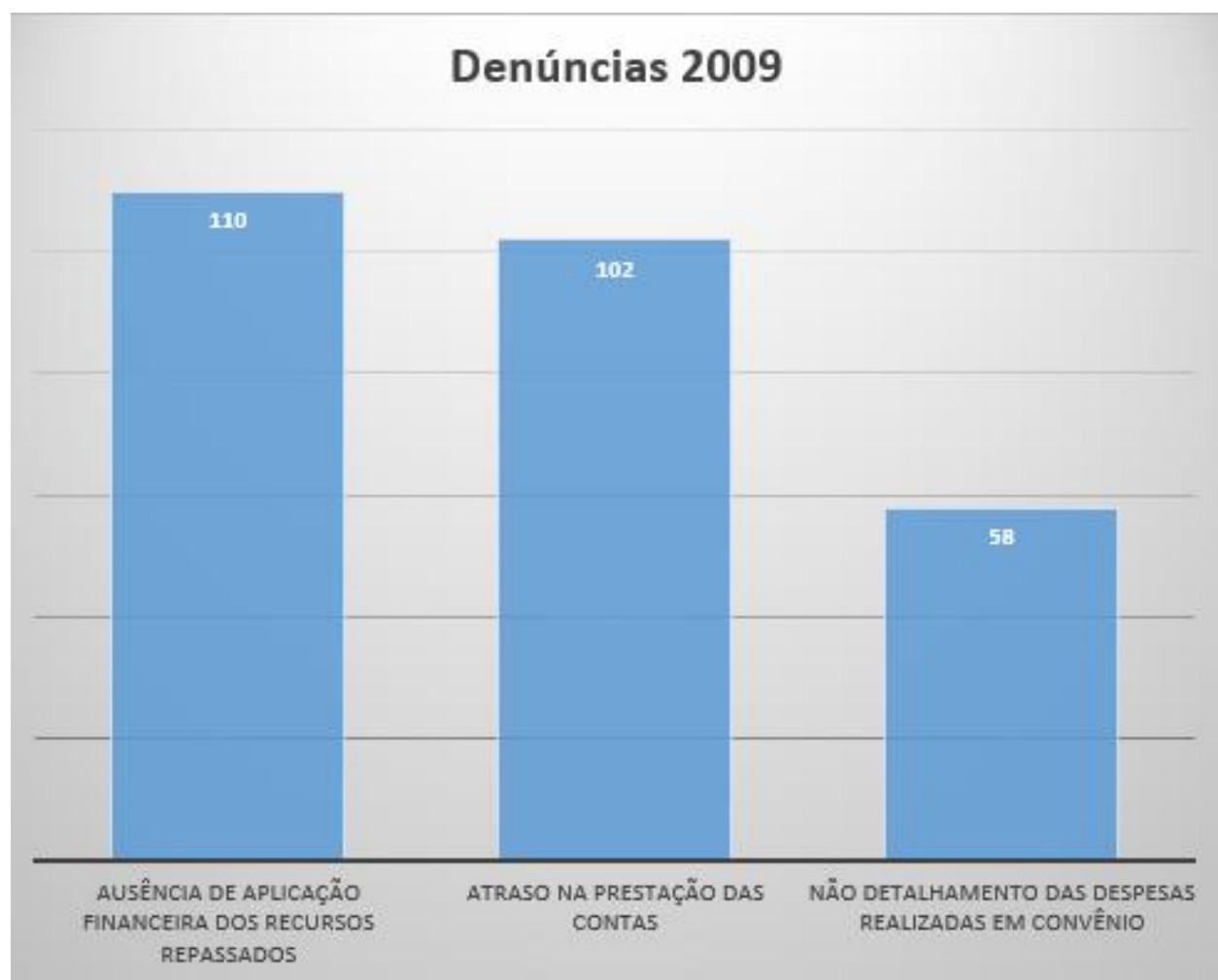


QUADRO 3 – AS CINCO DENÚNCIAS MAIS FREQUENTES NOS ANOS DE 2008, 2009, 2010 E 2011.

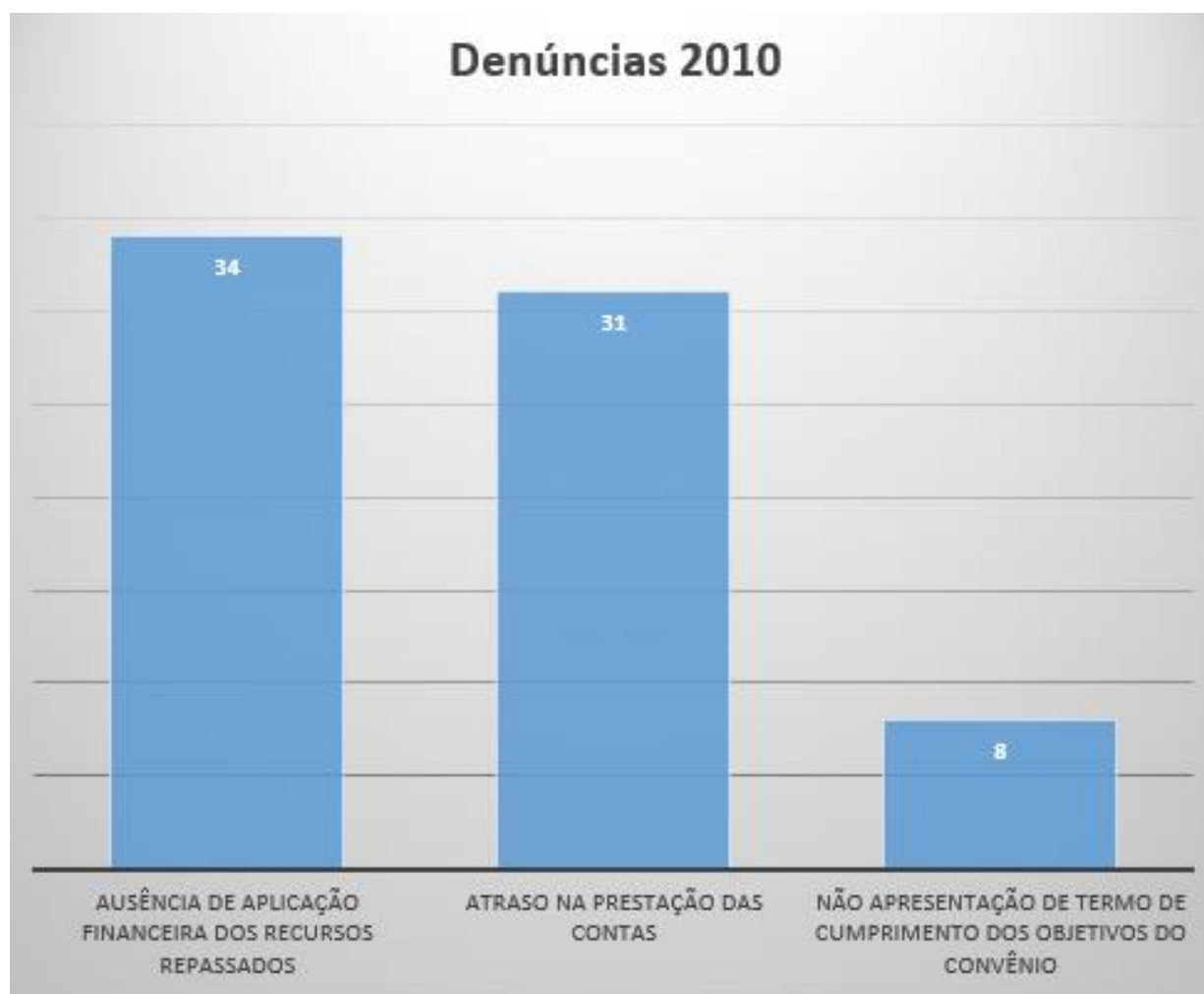
FONTE: a autora (2013).



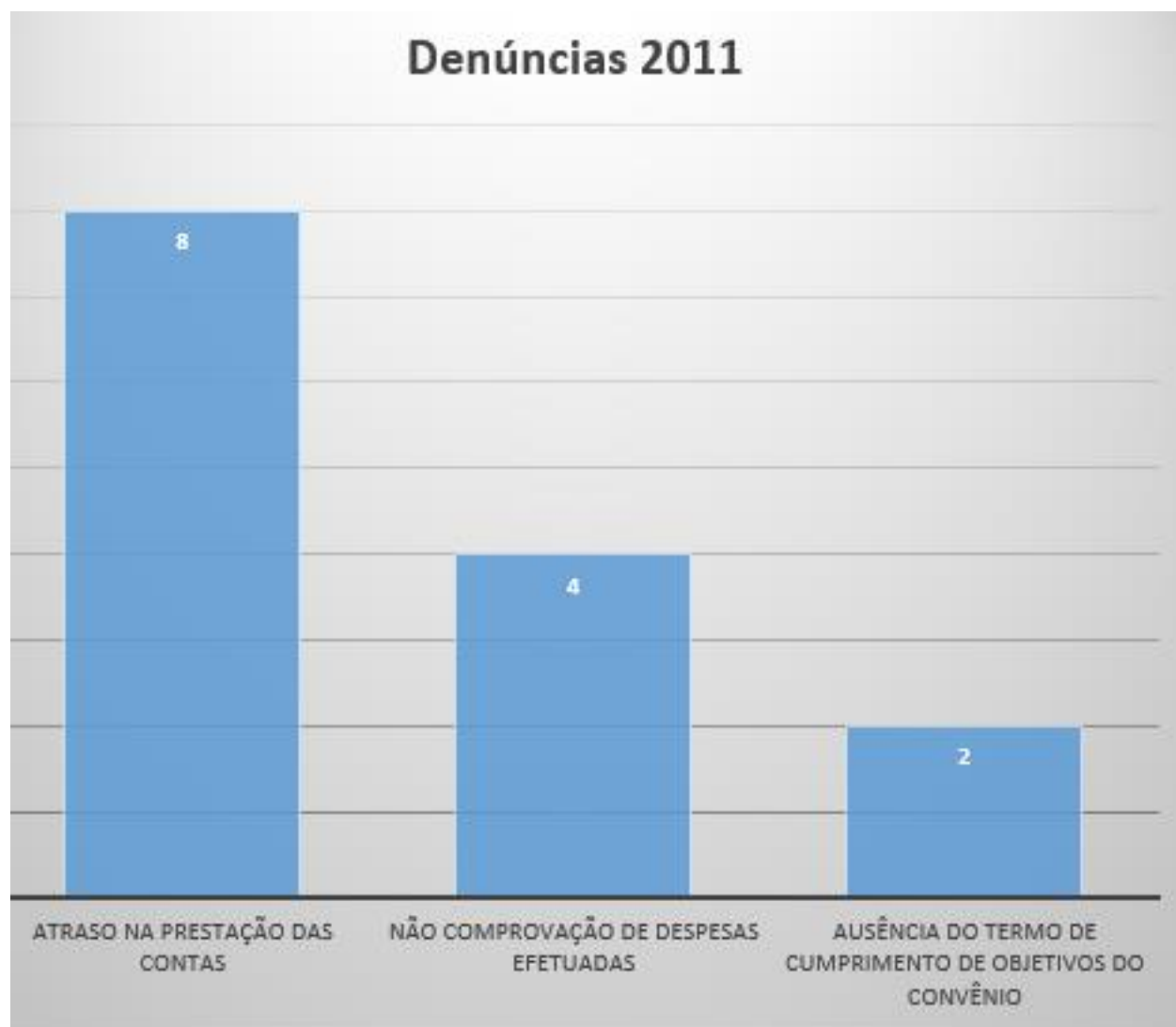
QUADRO 4 – DENÚNCIAS MAIS FREQUENTES EM 2008.  
FONTE: a autora (2013).



QUADRO 5 – DENÚNCIAS MAIS FREQUENTES EM 2009.  
FONTE: a autora (2013).



QUADRO 6 – DENÚNCIAS MAIS FREQUENTES EM 2010.  
FONTE: a autora (2013)



QUADRO 07 – DENÚNCIAS MAIS FREQUENTES EM 2011  
FONTE: a autora (2013).

É possível observar o crescimento das denúncias de atraso na prestação de contas, conforme se segue:



QUADRO 08 – GRÁFICO PONTUAL: ATRASO NA PRESTAÇÃO DAS CONTAS  
 FONTE: a autora (2013).

O conteúdo das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas foram as seguintes:



QUADRO 09 – TIPOS DE DECISÃO PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS  
 FONTE: a autora (2013).

<b><i>Espécies de decisões proferidas pelo TCE-PR</i></b>	<b><i>Nº de Acórdãos</i></b>
<i>Aprovação parcial de contas</i>	4
<i>Arquivamento</i>	2
<i>Baixa de pendência</i>	6
<i>Devolução dos recursos</i>	23
<i>Devolução dos recursos</i>	34
<i>Inclusão do nome do gestor no cadastro dos responsáveis com contas irregulares</i>	1
<i>Irregularidade</i>	2
<i>Irregularidade das contas</i>	82
<i>Irregularidade e devolução dos recursos repassados</i>	1
<i>Multa</i>	123
<i>Procedência da Denúncia</i>	4
<i>Recolhimento dos valores repassados</i>	1
<i>Regularidade das contas</i>	25
<i>Regularidade com anotação de saldo remanescente para futura comprovação</i>	182
<i>Regularidade com ressalva</i>	458
<i>Regularidade com Ressalvas e Multa</i>	4
<i>Regularidade de contas com recomendação</i>	2
<i>Regularidade de contas com Ressalvas</i>	26
<i>Responsabilidade do gestor das contas</i>	8
<i>Tomada de Contas Extraordinária</i>	2
<b><i>Total Geral</i></b>	<b>939</b>

QUADRO 10 – ESPÉCIES DE DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS  
 FONTE: a autora (2013).

A discussão originada mediante análise de tais dados foi a correlação entre uma atuação mais ostensiva do Tribunal de Contas, as falhas no controle interno exercido pela Administração Pública e o delineamento de possíveis soluções.



## 8 DAS CONCLUSÕES OBTIDAS

Para o tratamento mais didático possível das conclusões obtidas no presente trabalho, enumeram-se as principais irregularidades verificadas, a solução dada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná e sua respectiva correlação com o controle interno (ou sua ausência) exercido pela Administração Pública.

### 8.1 ATRASO NA APRESENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

Conforme os gráficos apresentados, uma das principais falhas do Administrador Público é a apresentação tardia da prestação de contas dos contratos ou convênios celebrados entre a Administração Pública e as fundações, OSCIPs e Organizações Sociais. Muito embora tal atraso possa parecer um ponto de pequena ressalva, necessário salientar que o atraso não significa mera lentidão do Administrador, como também, ausência de estabelecimento de parâmetros formais prévios no seio da Administração Pública para a comprovação dos gastos realizados, do Plano de Execução ou Plano de Trabalho.

### 8.2 UTILIZAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVATIZADA

A gravidade de tal irregularidade encontra-se insculpida na própria proibição constitucional de movimentação de recursos públicos em instituição financeira privatizada. Exigência essa que se coaduna com a moralidade administrativa, que se revela “no comportamento adequado à isenção, ao zelo, à seriedade e ao espírito público, que caracterizarão o administrador como mandatário da coletividade”<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> FAGUNDES, Seabra. *Os tribunais de contas e a moralidade administrativa*. Revista TCDF 2/9.

Conforme o entendimento da Ministra Ellen Gracie em voto da ADIN 2600-MC, tal dispositivo constitucional evita, a exemplo, “que o Prefeito faça como o seu saldo médio com o depósito da Prefeitura para obter empréstimos pessoais”. Tal medida visa proporcionar maior lisura na movimentação dos recursos públicos repassados, bem como transparência nos gastos efetuados. A gravidade dessa irregularidade é proporcional ao descuido no controle interno que deveria ser efetivado pela Administração Pública, pois, o depósito desses valores em instituição financeira privatizada deveria ser barrada no primeiro momento de repasse de recursos públicos, o que, de uma forma ou de outra não foi realizado. A resposta dada pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná é no sentido de que se não houve dano ao erário público, ou se tal dano foi de ordem ínfima, há que se julgar pela regularidade das contas com ressalva, de modo que o administrador efetive de forma mais concreta esse controle prévio à movimentação de recursos.

### 8.3 BURLA A REGRA PREVALENTE DE LICITAR

Conforme salientado anteriormente, a regra prevalente em Direito Administrativo é a de realização de devido processo licitatório<sup>136</sup>. A atuação do Terceiro Setor frente à matérias de nítido interesse público (educação, saúde, cultura, a citar) estão atados a essa obrigatoriedade. O que se verifica aqui são situações gravíssimas, no qual há o encaixe de hipóteses em situações excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, em casos em que é visível a abertura prévia de licitação, de modo a fomentar a competitividade entre particulares e a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

---

<sup>136</sup> Regra delineada no rt. 37, XXI, da Constituição federal: “(...) ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”.

A resposta dada pela referida Corte gravita entre a regularidade das contas, quando as finalidades estampadas em contrato ou convênio foram cumpridas, ou, mesmo, a devolução parcial ou integral dos valores repassados. O déficit no controle interno exercido pela Administração Pública reside não em equívoco legislativo acerca da matéria, mas, conforme se depreende da leitura dos acórdãos analisados, na permissividade de não realização de processo licitatório.

Conforme apontado por Tarso Cabral Violin, um dos principais motivos para a desresponsabilização do Estado nas questões sociais é a fuga ao regime jurídico de direito público, “principalmente da realização de concurso público e da licitação, procedimentos tão importantes para o atendimento aos princípios da moralidade, isonomia, entre outros, mas tão criticados pelos gerencialistas que defendem os controles de resultados e não de meios”<sup>137</sup>, sobretudo com a reificação do princípio da eficiência.

#### 8.4 NÃO ATENDIMENTO ÀS FORMALIDADES EXIGIDAS NOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Tal como a realização de processo licitatório exige o atendimento de determinadas formalidades, os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação igualmente demandam o cumprimento de determinados requisitos. Oportunamente, cabe destacar que o cumprimento de tais formalidades não é uma finalidade em si mesma, ou seja, um objetivo vazio. Ao contrário, tem o condão de proporcionar maior transparência às despesas realizadas com dinheiro público e garantir que as finalidades perseguidas por tais instituições sejam efetivamente concretizadas. Assim foram verificadas a ocorrência das mais diversas irregularidades – citem-se o não cumprimento do Termo de Objetivos do Convênio, não comprovação das despesas realizadas com o repasse de recursos, ou não detalhamento do Plano de Trabalho, o que gerava, em boa parte, déficit orçamentário) e grande fosso no controle exercido pelo Administrador Público.

---

<sup>137</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada*, p. 211.

## 8.5 NÃO IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE CONTROLE INTERNO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A principal conclusão obtida foi a ausência de implantação de sistemas de controle interno pela Administração Pública. Apesar de tais casos serem tratados com menos austeridade pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, entende-se como uma das mais graves irregularidades encontradas nos acórdão analisados, seja pela sua frequente ocorrência, seja pelo fato de que sem o filtro primeiro – que seria o controle interno efetivo exercido pelo administrador público – quando da celebração de contratos e convênios com o Terceiro Setor, as falhas no controle do dinheiro público e o desvirtuamento das finalidades institucionais dessas entidades tornam-se praticamente inevitáveis.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa esteira, as entidades do Terceiro Setor estão sujeitas tanto a um regime de direito privado quanto a um regime de direito público, uma vez que foram criadas de acordo com as regras civilistas, mas a gestão dos recursos a elas repassados exige uma regulamentação específica. Essa situação complexa, por vezes leva a ocorrência de inúmeras irregularidades, levantando um grande obstáculo à realização de direitos supra individuais.

Nas palavras de Folconer “o perfil das organizações do Terceiro Setor no Brasil parece apenas confirmar a percepção de que o problema do setor é, fundamentalmente, um problema de competência na gestão”, vale dizer, “operando em um meio desfavorável, caracterizado pela falta de recursos, as organizações não conseguem romper com o ciclo vicioso falta de recursos humanos

capacitados/gerenciamento inadequado/falta de dinheiro/insuficiência de resultados”<sup>138</sup>.

Conforme se verá a seguir, entende-se, principalmente, que, nos inúmeros casos analisados, o fracasso da atuação das entidades que compõe o Terceiro Setor está ligada no gerenciamento inadequado de recursos, principalmente no que tange à ausência de conformação às exigências delineadas em lei, como a burla à obrigatoriedade de licitar.

Por tudo o que foi exposto, refirma-se a posição de Tarso Cabral Violin no qual faz importante consideração no sentido de que tais entidades correspondem à verdadeira fuga do Estado quanto às suas responsabilidades constitucionais, “principalmente em áreas como educação e saúde, nas quais o terceiro setor é utilizado como prestador de serviços sociais, fazendo com que o Estado extinga entidades da Administração Pública, (...) sucateie sua burocracia, fugindo do regime jurídico administrativo”<sup>139</sup>.

Nessa esteira, para além das leituras base em Direito Administrativo, buscou-se uma literatura crítica pormenorizada, diante da péssima atuação de tais entidades, o que, evidentemente, não coadunava com o objetivo primeiro que era assegurar direitos fundamentais sociais, como o acesso à educação, saúde ou fomento à cultura. Pelo contrário, observou-se uma supressão de tais direitos. Nas palavras de DI PIETRO:

(...) Opinamos no sentido de ser bastante duvidosa a legalidade da forma de atuação dessas entidades, pelo fato de se utilizarem livremente do patrimônio público e de servidores públicos sem observância do regime jurídico imposto à Administração Pública. Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituído por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua. Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências da licitação (nem mesmo os princípios da licitação sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades; elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.”<sup>140</sup>

<sup>138</sup> FOLCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor*, p. 11.

<sup>139</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada*, p. 214.

<sup>140</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 05.

No entanto, mais que um verdadeiro “elefante branco” legado à posteridade, faz-se necessário maior controle de tais entidades justamente com o fulcro de se evitar uma atuação desvirtuada e assegurar que direitos fundamentais não sejam suprimidos ou maculados.

Resta evidente que o controle interno deficitário acarreta a transgressão e ineficácia de direitos fundamentais. Conforme Angela Cassia Costaldello os direitos fundamentais constituem a própria razão de ser do Estado, e mais, “a este cabe estimular, promover, fomentar e dividir com o particular a tarefa de proteger o interesse público, incentivando as formas de colaboração entre particulares e o Estado”<sup>141</sup>.

Pelo que foi exposto, é possível centrar a problemática do controle interno precário exercido pelo Poder Público em quatro grandes eixos e possíveis soluções.

O primeiro refere-se ao atendimento às regras prevalentes de Direito Público, pois, muito embora o peculiar regime híbrido a que estão sujeitas tais entidades, deve-se assegurar, conforme anteriormente destacado, direitos supra individuais, o que, evidentemente, pode entrar em choque com a lógica privatista. O segundo ponto é atenção que deve ser dada à qualidade dos serviços prestados: observa-se um voluptuoso dispêndio de recursos públicos em serviços ineficazes sem qualquer controle por parte do Administrador público das ações executadas pelas organizações. O terceiro ponto refere-se à sustentabilidade, ou seja, o emprego de forma eficiente dos recursos públicos repassados de forma a se alcançar os objetivos propostos. O quarto e último ponto é a necessária transparência e cumprimento da responsabilidade da organização em prestar contas não somente aos órgãos de controle externo como, igualmente, dar publicidade de seus atos à comunidade, somente assim há uma efetiva participação popular nas ações que visam a garantia de direitos fundamentais.

---

<sup>141</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. “O regime jurídico dos agentes públicos e a emenda constitucional n. 19/98”.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1960.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.  
MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. 358 p.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Contrato administrativo**. In: **Direito Administrativo Contemporâneo**. Coord. Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções dos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Público** nº 72 – Ano XVII – out/dez 1984, pp. 133-150.

**BRASIL. Constituição (1988)**. Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

**BRASIL. Lei nº. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 21 de dezembro de 1994.

**BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências..** Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 22 de junho de 1993.

**BRASIL. Lei nº. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências**. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 18 de maio de 1998.

**BRASIL. Lei nº. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 de março de 1999.

**BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.  
CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da administração pública.** São Paulo: Max Limonad, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, trad. por Marco Aurélio Nogueira, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas** no Estado Contemporâneo. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007979.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **O regime jurídico dos agentes públicos e a emenda constitucional n. 19/98.** Interesse Público 03 (1999): 48-69

DARCY OLIVEIRA, Miguel. **Cidadania e globalização:** a política externa brasileira e as ONGs. Brasília: Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre Gusmão, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 5ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DROMI, José Roberto. **La licitación pública.** Buenos Aires: Astrea, 1975.

Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 20, p. 379.



ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FAGUNDES, Seabra. **Os tribunais de contas e a moralidade administrativa**. Revista TCDF 2/9.

FALCONER, Andres Pablo. **A promessa do terceiro setor**: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão. Dissertação de mestrado. Centro de estudos em Administração do Terceiro Setor da Universidade de São Paulo. Tese apresentada em setembro de 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na administração pública. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 604 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 230 p.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 351 p.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Macchi, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. 249 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MASUCCI, Alfonso. **La Quaestio nel Diritto Tedesco dell' Ammissibilità del Contratto di Diritto Pubblico fra Amministrazione e Privato**. In: *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988, t. I.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 17ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. **A função de controle dos atos da administração pública pelo ministério público**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, 2ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAIS, Marília Mendonça. **O princípio da publicidade**, In Princípios Informadores do Direito Administrativo. São Paulo: Editora NDJ, 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000. 290 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 657 p

QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle m face da Constituição de 1988. **Revista Tribunal de Contas da União**. Brasília v. 28, n. 73, p. 51-61, jul/set. 1997.

REAL, Aberto Ramon. **El control de la administration**, in Doutrinas Essenciais – Direito Administrativo, coord. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, SUNDFELD, Carlos Ari, 1º vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.) **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Curitiba: Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo, 2011. 345-381.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENISE LISBOA, Roberto. **Fundações, superávit e remuneração de seus dirigentes**, in Fundações Educacionais, organizado por PANTALEÃO, Leonardo. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, jun. 1997.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado, in Perreira, L.C.Bresser et al (org.), **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma análise crítica do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e sociedade civil organizada no Brasil**, 2006. 241 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

VON TUHR, Andreas. **Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1947.

